المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
قسم السياسة الشرعية

# سلطة القاضي إزاء تنفيذ العقد الإداري

## دراسة مقارنة

### بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب

أسامة بن علي السلطان

إشراف الدكتور

هاني الطهراوي

الأستاذ المشارك بقسم السياسة الشرعية

العام الجامعي : ١٤٣٢ هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

# المقدمة

**وتشتمل على** :

- أسباب اختيار الموضوع .
- أهمية الموضوع .
- الدراسات السابقة .
- منهج البحث .
- خطة البحث .

## مقدمة

الحمد الله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له .

وأشهد ألا إله إلا الله، شهادة عبد لا غنى له عن رحمة ربه وعونه وعفوه طرفة عين، وأشهد أن محمد عبده ورسوله وصفيه وخليله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه، وسلم تسليماً كثيراً.

أما بعد ...

إن الإسلام دين ينظم حياة الناس من كل وجوهها راعياً، ورعية، حاكماً، ومحكوماً، من أجل أن تستقيم ويستقيموا ويقام العدل ويعم الجميع الخير والبركة .

وذلك يقتضي دون شك إجراءات ومعاملات وقواعد وأنظمة منوطة بالشرع، حاكم عليها وحارس لها؛ ومن جملة ذلك معاملات يقوم ا ولاة الأمر نيابة عن الأمة لمراعاة مصالحها العامة إدارة، وبيعاً، وشراءً، وإنماءً، وصيانةً، وغير ذلك من وجوه التصرفات .

لهذا كان لا بد من بيان أحكام هذه التصرفات وكيفية إنشائها وآثارها، ومن هذه التصرفات ما يعرف بالعقود الإدارية التي تحتل مكانا بارزاً من بين الدراسات وموضوعات النظام الإداري المختلفة .

ولما كانت هذه العقود مبنية على مراعاة المصلحة العامة للأمة، فإن ذلك اقتضى إعطاء القاضي سلطة حق التدخل في التعديل والتقيد والإ اء للعقد الإداري .

ويخضع العقد الإداري في إبرامه لإجراءات شكلية إدارية معينة بشأن اختيار المتعاقد، ووسيلة إبرام العقد، فقد يحدث أن يشوب هذه الإجراءات عيب فيحتاج إلى تعديل، وإذا

كان من الأمور المسلم ا في مجال النظام ارتباط العقد كوسيلة للتعامل بمبدأ سلطان الإرادة ، وما يترتب عليه من نتائج أهمها قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، مما يعني سيادة مبدأ القوة الملزمة للعقد بين أطرافه، وبالتالي عدم جواز إدخال أي تعديل على بنوده أو فسخه إلا باتفاق المتعاقدين أو استناداً إلى نص في النظام، فإن الأمر يجري على خلاف ذلك في مجال العقود الإدارية، حيث إن السائد قضاءً، أن جهة الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإراد ا المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من أعباء الطرف الآخر، أو تنقصها، بل لها أيضا سلطة إ اء العقد قبل الآوان، كل ذلك دون حاجة لرضاء أو موافقة الطرف الآخر، ودون حاجة إلى النص على ذلك في العقد ، ودون أن يحتج عليها بقاعدة (الحق المكتسب) ، أو بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) بشرط أن تقتضي حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل أو ذاك الإ اء وذلك في مقابل تعويض المتعاقد مع الإرادة تعويضا مناسبا، فيأتي دور القضاء في حال التنازع بتقدير الضرر والتعويض وسلطته بالتعديل وغير ذلك في مرحلة تنفيذ العقود الإدارية ، وبعد ذلك كله يظهر ما لموضوع البحث الذي هو بعنوان **( سلطة القاضي إزاء العقد الإداري )** من أهمية.

و **جاء اختياري لهذا الموضوع لأسباب عدة أهمها** :

- إن المتعاقد قد يجد التعسف من الإدارة في تنفيذ العقد فيأتي دور القضاء وسلطته في تعديل العقد وتصحيحه .

- أن سلطة القاضي في التنفيذ للعقود الإدارية لها تطبيقات واسعة تسهم تلك التطبيقات لإيجاد نظرية لسلطة القاضي في التنفيذ .

- أن هذا الموضوع في نظري لم ينل نصيبه من البحث والدراسة بما يتناسب مع أهميته والحاجة إليه .

- دافع الرغبة والميل للبحث العلمي عموماً، وبحث هذا الموضوع خصوصاً، وذلك لما غلب على ظني عظم الفائدة منه.

**أهمية الموضوع :**

- إيضاح الصفة الشرعية للموضوع مقارنا بالنظام السعودي .
- أن موضوع في العقود الإدارية تتبعهما آثار سلبية من جهة المتعاقد مع الإدارة فيأتي دور القاضي أثناء التنفيذ .

وقد عزمت على أن أتناوله لأهميته العلمية' ولأن القضاء في ديوان المظالم (القضاء الإداري السعودي) يزخر بالعديد من القضايا التي تجعلنا بحاجة ماسة للتمعن في سلطة القاضي أثناء العقد الإداري .

**أهداف الدراسة :**

تكمن الغاية من هذا البحث في محاولة إيجاد نظرية عامة لسلطة القاضي إزاء العقد الإداري في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من جمع النصوص النظامية والأحكام القضائية، مما يساهم في وضع ملامح لتنظيم سلطة القاضي أثناء تنفيذ العقد الإداري .

**أهم التساؤلات :**

- ما سلطة القاضي إزاء مرحلة تنفيذ العقد الإداري ؟
- ما نطاق تلك السلطة في مرحلة التنفيذ ؟
- وأيضاً سترد في ثنايا البحث تساؤلات عدة سيعمد الباحث إن شاء الله تعالى إلى الإجابة عنها، بقدر ما تسعف الحاجة .

**الدراسات السابقة :**

بعد البحث والتقصي في مكتبة المعهد العالي للقضاء، ومكتبة الملك فهد، ومكتبة معهد الإدارة، وبعض المكتبات الأخرى، لم أجد دراسة وافية كافية تناولت الموضوع من جوانبه كافة ، وخاصة ما يتعلق بتنفيذ العقد الإداري .

الدراسة الأولى : وهي رسالة ماجستير مقدمة للمعهد العالي للقضاء ، للباحث : سعود بن عبد العزيز المهيزع ، عام ١٤٢٤هـ ، بعنوان (الصعوبات الإدارية غير المتوقعة ) ، إشراف : د/ ناصر الجوفان .

تتفق الدراسة السابقة مع الدراسة الحالية في أن البحث اشتمل على مبحث تحدث فيه الباحث عن حالة تدخل الإدارة في تنفيذ العقد ، وتختلف عنها، من حيث إن الحالية تناولت سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد الإداري أما الدراسة السابقة فقد تناولت الصعوبات الإدارية غير المتوقعة، وهو مختلف تماماً عن موضوع البحث بعناصره ومباحثه.

الدارسة الثانية : وهي رسالة ماجستير مقدمة للمعهد العالي للقضاء ، للباحث : أحمد بن محمد الجوير ، عام ١٤٣٠هـ ، بعنوان ( خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ) ، إشراف: د/ خالد خليل الظاهر .

تتفق هذه الدراسة مع موضوع البحث في أ ا تناولت البحث في العقود الإدارية، وتختلف عنها في أ ا تناولت الخطأ في التنفيذ، بينما الحالية تعنى بدراسة سلطة القاضي في تنفيذ العقد الإداري .

الدراسة الثالثة : وهي مقدمة لمعهد الإدارة العامة بالرياض ، للباحث موسى يحيى آل مريع ، عام ١٤٢٣هـ ، بعنوان ( ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري على ضوء أحكام ديوان المظالم ) بإشراف الأستاذ / أحمد بن عبد الرحمن الزكري .

تتفق هذه الدراسة مع موضوع البحث أيضاً في أ ا تتناول جانب العقود الإدارية، ويختلف عنها في كونه يحاول إيجاد رؤية متكاملة تتعلق بسلطة القاضي إزاء العقد الإداري من جهة التنفيذ والإلغاء، وهذا ما لم تتعرض له هذه الدراسة .

**منهج الدراسة** :

١- سيعتمد الباحث على المنهج الاستقرائي التحليلي الوصفي المقارن الذي يكفل – بإذن الله – إظهار بحث تحليلي مدعم بالنصوص الشرعية ، والأنظمة، وكل ما من شأنه أن يسهم في توثيق المعلومة ودعمها بالدليل الإجرائي والنظامي الإداري.

٢- عند المقارنة والموازنة بين القوانين المتصلة بالعقود الإدارية والسلطة المخولة للقاضي، فإن الباحث سيعتمد المقارنة بين ما يمارس في القانون المصري بالدرجة الأولى، والنظام في المملكة العربية السعودية، مع الإشارة إلى بعض القوانين العربية أو الأجنبية الأخرى إذا اقتضى المقام ودعت الحاجة .

٣- تصور المسألة المراد بحثها تصوراً دقيقاً قبل تحريرها، بعد جمع المعلومات والاستفادة من كل ما يتوفر من الدراسات أو البحوث المتصلة ا التي سبقت، حتى يتضح المقصود، وتبنى بطريقة صحيحة وسليمة، ويتجنب التكرار.

٤- إذا كانت المسألة فقهية أو قانونية نظامية أو إجرائية - وهي من مسائل الاتفاق، أو الغالب عليها - فسيذكر الباحث حكمها بدليلها مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة .

٥- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فيتبع ما يلي :

أ) تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق .

ب) ذكر الأقوال في المسألة وبيان من قال به من أهل العلم ، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية أو القانونية .

٦- توثيق الأقوال والقوانين واللوائح والأنظمة من مصادرها الأصلية ، وأكتفي في الحاشية باسم المصدر أو المرجع أو الكتاب، والمؤلف إن لم يذكر في المتن ، وأدع التفصيل إلى فهرس المصادر والمراجع ، وأشير إلى الجزء والصفحة بما بين قوسين بينهما خط مائل هكذا ( الجزء / الصفحة ) وإن لم يكن ذا أجزاء فرقم الصفحة بين قوسين .

٧- الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع

٨- التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد .

٩- العناية بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث .

١٠- نقل الآيات من المصحف بالرسم العثماني مضبوطة بالشكل، مبينا رقم الآية والسورة.

١١- تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية وإثبات الكتاب والباب بدون الجزء والصفحة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها _ إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما- ، فإن كان كذلك فيكتفى حينئذ بعزوها، وأشير إلى الكتاب بـ (ك) و الباب (ب) .

١٢- توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة ، والإشارة إلى الجزء والصفحة كما سبق في التوثيق .

١٣- العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء ، وعلامات الترقيم والتنصيص، وسلامة الصياغة والأسلوب.

١٤- الخاتمة وتتضمن أهم النتائج .

١٥- ختم البحث بالفهارس المتعارف عليها وهي :

_ فهرس الآيات القرآنية .

_ فهرس الأحاديث والنبوية .

- فهرس الأعلام .

_ فهرس المراجع والمصادر .

_ فهرس الموضوعات .

## خطة البحث :

تضمنت خطة البحث : مقدمة ، وتمهيدا ، وفصلين ، وخاتمة ، بالإضافة إلى الفهارس .

المقدمة ، وتشتمل على :

بيان أهمية الموضوع ، أسباب اختياره ، منهج البحث، خطة البحث، شكر وعرفان .

التمهيد : ( التعريف بمفردات العنوان )

ويتكون من مبحثين :

المبحث الأول : تعريف سلطة القاضي .

المطلب الأول: تعريف سلطة القاضي في اللغة .

المطلب الثاني: تعريف سلطة القاضي في النظام.

المطلب الثالث: تعريف سلطة القاضي في الفقه .

المبحث الثاني : تعريف تنفيذ العقد الإداري .

المطلب الأول: تعريف تنفيذ العقد الإداري في اللغة .

المطلب الثاني : تعريف تنفيذ العقد الإداري في النظام .

المطلب الثالث: تعريف تنفيذ العقد الإداري في الفقه .

الفصل الأول: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد .

المبحث الأول : سلطة القاضي في تفسير العقد الإداري .

المطلب الأول : حالة وضوح عبارات العقد في الفقه والنظام .

المطلب الثاني : حالة غموض عبارات العقد في الفقه والنظام .

المطلب الثالث : حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين في الفقه والنظام .

المبحث الثاني : سلطة القاضي من حيث تعديل العقد الإداري .

المطلب الأول : التعريف بتعديل العقد في الفقه والنظام .

المطلب الثاني : موقف الشريعة والنظام بشأن سلطة القاضي في تعديل العقد.

المطلب الثالث : نفوذ القاضي في مرحلة تنفيذ العقد في الفقه والنظام.

الفرع الأول : فكرة التوازن المالي للعقد .

الفرع الثاني : سلطة القاضي بشأن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف المتوقعة .

الفرع الثالث : سلطة القاضي بشأن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف غير المتوقعة .

الفصل الثاني : سلطة القاضي تجاه الدفع بعدم التنفيذ .

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم التنفيذ في الفقه والنظام .

المبحث الثاني : سلطة القاضي إزاء الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في الفقه والنظام .

المطلب الأول : العقود التي لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام

المطلب الثاني : حالة تقصير الإدارة في تنفيذ التزاما ا العقدية واستحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته .

المطلب الثالث: حالة تقصير الإدارة وعدم قدرة المتعاقد عن الاستمرار في التنفيذ

المطلب الرابع : تقصير الإدارة وعدم قدرة المتعاقد عن التنفيذ في الوقت المحدد

المطلب الخامس : إذا اتجهت نية المتعاقدين إلى تنفيذ الالتزامات التعاقدية في وقت واحد، بعد دفع سابق.

المطلب السادس : التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين .

الخاتمة.

الفهارس.

## شكر وعرفان

وقبل أن أختم هذه المقدمة، فإني أحمد الله عز وجل وأشكره أن وفقني إلى هذا البحث ثم أعانني على إتمامه، فله الحمد أولاً و آخراً، وظاهراً و باطناً، وأسأله سبحانه أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم .

وأرى لزاماً علي في صدر هذا البحث أن أتوجه بالشكر الجزيل لوالدي الكريمين، فقد كان فضلهما علي عظيماً، فهما اللذان غرسا في نفسي محبة العلم وأهله، وقد كان لتشجيعهما ووقوفهما معي دائماً الأثر البالغ في مواصلة مسيرتي العلمية، فلا أملك في هذ المقام إلا أن أرفع أكف الضراعة إلى الله تعالى قائلاً : { رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً = ٢٤ } [سورة الإسراء :٢٤].

كما يطيب لي أن أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لفضيلة الوالد الأستاذ الدكتور هاني الطهراوي -الأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء، والمشرف على البحث- حيث تفضل مشكوراً بقبول الإشراف رغم كثرة مشاغله وأعماله، فقد أحاطني برعايته الكريمة، وتوجيهاته السديدة التي كان لها الأثر الكبير في إنجاز هذا العمل، فجزاه الله عني خير الجزاء، وكتب له بذلك الأجر، وأجزل له المثوبة، ونفع به وبعلمه الإسلام والمسلمين .

كما أتقدم بوافر الشكر لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية التي أتاحت لي ولطلاب العلم الفرصة لإكمال الدراسة.

وفي الختام:

أسأل الله عز وجل أن يتجاوز عن خطئي وزللي، ويغفر ذنبي، وأن يجعل هذا العمل ذخيرة وقربة، ويجعلنا متمسكين ـدي الكتاب والسنة، ويحشرنا تحت لواء من بعث بخير أمة .

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

كتبه

أسامة بن علي بن خليفة السلطان

# التمهيد

## التعريف بمفردات العنوان

**ويشتمل على مبحثين :**

**المبحث الأول :** تعريف سلطة القاضي

**المبحث الثاني :** تعريف تنفيذ العقد الإداري

# المبحث الأول

# تعريف سلطة القاضـــي

**ويحتوي على ثلاثة مطالب :**

**المطلب الأول** : تعريف سلطة القاضي في اللغة .

**المطلب الثاني** : تعريف سلطة القاضي في النظام .

**المطلب الثالث** : تعريف سلطة القاضي في الفقه .

## المبحث الأول : تعريف سلطة القاضي .

وفيه ثلاثة مطالب :

### المطلب الأول : تعريف سلطة القاضي في اللغة :

سلطة القاضي لفظ مؤلف من جزأين مفردين، أحدهما: السلطة، والآخر: القاضي، ولما كانت معرفة المركب متوقفة على معرفة أجزائه، كان من الضروري بيا ا قبل الشروع في بيان ماهية المتركب منها .

أولاً: كلمة ((السلطة)):

السلطة يراد ا التسلط، والسيطرة، والتحكم، قال ابن فارس [(١)] -رحمه الله- :" السين واللام والطاء؛ أصل واحد؛ وهو القوة والقهر، ومن ذلك السلاطة؛ من التسلط وهو القهر؛ ولذلك سمي السلطان سلطاناً، والسلطان: الحجة" [(٢)] .

والتركيب يدل على القوة، والقهر، والغلبة، قال الله تعالى : { وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ ...} [سورة النساء :٩٠] . وقال تعالى : { وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَى مَن يَشَاءُ وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ } [سورة الحشر: ٦] وقد قيل : سلطان كل شيء ، شدته وسطوته [(٣)].

(١) هو أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، اختلف في اسمه، وولادته، وتوفي بالري سنة ٣٩٥هـ، ومن مؤلفاته: معجم مقاييس اللغة، ومعجم اللغة. انظر : الأعلام ، للزركلي: ص ٨.

(٢) معجم مقاييس اللغة ، لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط١ ، مادة سلط ، ص ٤٦٧ .

(٣) انظر: القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب بن السراج الفيروزآبادي،تحقيق:محمود مسعود أحمد، المكتبة العصرية، بيروت ط٢ ، ٢٠٠٩م ، مادة: سلط، ٧٤٤/٤ ، لسان العرب ، لابن منظور ، دار صادر، بيروت، ط١ ، ٢٣١/٧.

ومناسبة المعنى اللغوي لموقع كلمة السلطة ضمن اللفظ المركب((سلطة القاضي)) يتجلى في أن القاضي له سلطة وتحكم، يستطيع من خلالها السيطرة على مجريات القضية، وكشف ملابسا ا بما أتيح له من أدوات، ووصل إليه من معلومات.

ثانياً: تعريف كلمة((القاضي)):

القاضي اسم فاعل من قضى يقضي فهو قاض، والمصدر منه القضاء ويأتي لمعان كثيرة في اللغة :

١- الحكم، ومنه قول الله تعالى : {وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ } [سورة غافـر: ٢٠] .

٢- الأمر منه، ومنه قوله تعالى:{وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ } [سورة الإسراء :٢٣] .

٣- الأداء والفراغ منه، قال تعالى :{فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَاسِكَكُمْ فَاذْكُرُواْ اللَّهَ } [سورة البقرة :٢٠٠].

٤- الإبلاغ والإخبار، قال تعالى: {وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ } [سورة الإسراء :٤] .

٥- الصنع والخلق والتقدير: ومنه قوله تعالى: {فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ } [سورة فصلت :١٢] .

٦- بلوغ الحاجة، قال تعالى : { فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَراً زَوَّجْنَاكَهَا} [سورة الأحزاب :٣٧] .

٧- القتل والموت والهلاك، قال تعالى :{ فَمِنْهُم مَّن قَضَى نَحْبَهُ وَمِنْهُم مَّن يَنتَظِرُ وَمَا بَدَّلُوا تَبْدِيلاً} [سورة الأحزاب :٢٣] .

٨- العمل، ومنه قوله تعالى: {كَلاَّ لَمَّا يَقْضِ مَا أَمَرَهُ = ٢٣ } [سورة عبس :٢٣] .

٩- التبيين، قال تعالى : { وَلا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِن قَبْلِ أَن يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُل رَّبِّ زِدْنِي عِلْماً = ١١٤ } [سورة طـه :١١٤] .

١٠- اللزوم والإيجاب، ومنه قوله تعالى : {فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ } [سورة سبأ :١٤] .

وهذه المعاني المتقدمة للقضاء تدور كلها حول إتمام الشيء والفراغ منه قولاً، أو فعلاً، وإمضائه وإحكامه (١) .

قال الأزهري (٢) : "القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء و تمامه، وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدي أو أجب أو علم أو أنفذ أو أمضي فقد قضى " (٣) .

ثالثا: تعريف ((سلطة القاضي)) مركباً :

يمكن تعريف سلطة القاضي بناء على ما سبق آنفاً من الكشف عن معاني مفردا ا بأ ا: الولاية والقوة الممنوحة للقاضي لبلوغ حقيقة القضية التي تكنها الأدلة .

---

(١) انظر: لسان العرب ، ابن منظور ، مادة قضي، ١٣٢/٦ . القاموس المحيط ، الفيروزآبادي ، قضي، ١٢٦٤/٤.

(٢) هو أبو منصور محمد بن أحمد بن طلحة بن نوح الأزهري الهروي الشافعي اللغوي النحوي، ولد بمدينة هراة، سنة ٨٢٠للهجرة، كان رأساً في اللغة والفقه، ثقة، ثبتاً، ديناً، ارتحل في طلب العلم بعد أن سمع من بلده من الحسين بن اديس، ومحمد بن عبد الرحمن السامي، أدرك الزجاج ونفطويه وابن دريد ، توفي في ربع آخر سنه ٣٧٠ عن ثمان وثمانين سنه. انظر : سير أعلام النبلاء، الإمام محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٤١٠/١٦، والبلغة في تراجم أئمة النحو واللغة ، محمد بن يعقوب الفيرزآبادي، ٧٢ .

(٣) ذيب اللغة، للأزهري، ٢١١/٩.

## المطلب الثاني : تعريف سلطة القاضي في النظام

بالإطلاع على نظام المرافعات في المملكة العربية السعودية، لم أجد تصريحاً واضحاً للدلالة على ماهية سلطة القاضي في جهاز القضاء السعودي، ولكن يمكن تلمس آثارها في بعض مواد النظام المذكورة، والتي أحالت إلى المحكمة ممثلة بقاضي الموضوع حرية اتخاذ بعض المواقف أو الحلول أو القرارات تبعاً لما تمليه عليه قناعته التي تكونت من معطيات القضية المعروضة أمامه .

ومن تلك النصوص النظامية :

"تكون المرافعة علنية إلا إذا القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، طلب إجراءها سراً محافظة على النظام أو مراعاة للآداب العامة أو لحرمة الأسرة" [(١)].

" إذا دفع أحد الطرفين بدفع صحيح ، وطلب الجواب من الطرف الآخر فاستمهل لأجله فللقاضي إمهاله متى رأى ضرورة ذلك .." [(٢)] .

ومن خلال تلك النصوص وغيرها الواردة في نظام المرافعات ، نستطيع أن نتبين من خلالها أن هناك سلطة خولها المنظم للقاضي واعترف ا .

ويمكن تعريف سلطة القاضي: هي القوة والاجتهاد التي بمقتضاها يستطيع القاضي أداء العمل المطلوب منه.

***المطلب الثالث: تعريف سلطة القاضي في الفقه :***

يعتبر مصطلح السلطة من المصطلحات الحديثة، والتي جاءت به الأنظمة المعاصرة، ولذا فلا نجد ذكراً لهذا المصطلح بنصه في الفقه الإسلامي في أوساط استعمالات الفقهاء، ولكن معناه ومحتواه متحقق في العبارات الفقهية على مستوى سائر المذاهب الفقهية .

---

(١) مادة (٦١) من نظام المرافعات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢١ في ١٤٢١/٥/٢٠هـ وبدأ لعمل فيه في ١٤٢٢/٦/١٨هـ .

(٢) مادة (٦٥) من نظام المرافعات.

وتتمثل سلطة القاضي في الفقه الإسلامي في الاجتهاد القضائي في استنباط الحكم الواجب تطبيقه في القضية المتنازع فيها عن طريق الأمارات والوسائل التي وضعها الشارع للدلالة على حكمه [1] .

وهذه السلطة مقررة للقاضي من الشريعة الإسلامية، فبدو ا لا يتمكن القاضي من تحقيق غاية الشريعة قي تقرير حق التقاضي في ا تمع الإسلامي، والتي تتمثل في استقرار العدل بين الأفراد .

(١) انظر : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، د/ أحمد محمود سعد،ص ٤٥ .

# المبحث الثاني

# تعريف تنفيذ العقد الإداري

**ويحتوي على ثلاثة مطالب :**

**المطلب الأول** : تعريف تنفيذ العقد الإداري في اللغة .

**المطلب الثاني** : تعريف تنفيذ العقد الإداري في النظام .

**المطلب الثالث** : تعريف تنفيذ العقد الإداري في الفقه .

## المبحث الثاني : تعريف تنفيذ العقد الإداري :

وفيه ثلاثة مطالب:

### المطلب الأول : تعريف تنفيذ العقد الإداري في اللغة :

تنفيذ العقد لفظ مركب من جزأين، أحدهما: تنفيذ، والآخر: العقد، فنشير هنا إلى المعنى اللغوي للجزأين المفردين؛ ليتجلى مفهوم المركب بعد ذلك:

أولاً: كلمة ((تنفيذ)):

التنفيذ: مصدر للفعل نَفّذ، والنون والفاء والذال أصل صحيح يدل على قضاء في أمر وغيره [١]، يقال نفذ السهم من الرمية نفاذا أو نفوذا إذا خرق بوق الرمية وخرج من طرفه من الشق الآخر [٢].

يقال: أمره نافذ: أي مطاع، وطريق نافذ: سالك [٣].

ومن هنا يفهم أن التنفيذ لغة : جعل الشيء يجاوز محله، ومن ذلك تنفيذ الحاكم للحكم إذا أخرجه إلى العمل حسب منطوقه [٤] .

ومنه تنفيذ القاضي أو صاحب السلطة لقرار أو حكم وإخضاع أطرافه له بالسريان عليها.

---

(١) معجم مقاييس اللغة ، لابن فارس ، ص١٠٠٢.
(٢) لسان العرب ،لابن منظور، ٣١٦/١٣ ، مادة نفذ ، القاموس المحيط ، ١٥٤٦/٤.
(٣) لسان العرب،لابن منظور، ٣١٦/١٣ .
(٤) انظر: المعجم الوسيط ، للفيروزآبادي،٩٣٩/٢ .

ثانياً: كلمة ((العقد)):

العقود جمع عقد، قال ابن فارس:" العين والقاف والدال أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها " [١] .

ويطلق العقد في اللغة على معان كثيرة منها: الربط والشد والتوثيق والإحكام والقوة والجمع بين شيئين، والعهد [٢].

وتدور هذه الألفاظ على معنى واحد وهو الربط الذي هو نقيض الحل .

والعقد إما حسي، كعقد الحبل، أو معنوي، كالبيع ، قال القرطبي [٣] :"العقد على ضربين : حسي كعقد الحبل، وحكمي كعقد البيع" [٤] .

(١) معجم مقاييس اللغة، لابن فارس ، ص٦٥٤.

(٢) انظر : لسان العرب،لابن منظور، ٢٢٠/٩، مادة عقد.

(٣) هو محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي الأندلسي القرطبي، من كبار المفسرين، مالكي المذهب، استقر بمدينة ابن الخطيب، وتوفي ودفن ا سنة ٦٧١ هـ ، من كتبه الجامع لأحكام القرآن ،والتذكرة بأمور الآخرة،وغيرها.انظر:الأعلام ،للزركشي،٢١٩/٦.

(٤) الجامع لأحكام القرآن الكريم ، للقرطبي ، ٣٢/٦.

## المطلب الثاني: تعريف تنفيذ العقد الإداري في النظام .

يعرف العقد الإداري بأنه "عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام من شخص آخر بقصد تسيير أو المساهمة في تسيير مرفق عام تظهر فيه نية أطرافه للأخذ بأساليب القانون العام " (١) .

ويمكن تعريفه حسبما يستفاد من أحكام القضاء الإداري في مصر وفي فرنسا – "بأنه عقد يبرمه شخص معنوي عام ، بقصد تنظيم مرفق عام ، أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام" (٢) .

وبالنظر إلى ما كتب عن العقد بوجه عام، والعقد الإداري بوجه خاص، يتضح أن العقد الإداري هو مجرد عقد بما تعنيه كلمة عقد، ولا يختلف عن العقد بوجه عام إلا بما يقتضيه حسن سير المرافق العامة، أو الصالح العام .

والتي تتمثل في الغالب فيما يسمى بامتيازات الإدارة، وهذه الامتيازات من آثار العقد، ولا دخل في حقيقة العقد، و ـذا فإن الأساس الذي تقوم عليه الامتيازات المقررة للإدارة في العقود الإدارية، هي المصلحة العامة أو الصالح العام، ولولا هذا الأمر لما كان للإدارة امتياز أصلاً (٣) .

إذا ـذا يمكن تعريف العقد الإداري بأنه: التزام متعلق بالصالح العام مرتبط بإيجاب وقبول .

---

(١)العقود الإدارية ، د/ طه ابراهيم فياض ، مكتبة الفلاح ، ط ١، ١٤٠١هـ ص ٦١.

(٢)العقود الإدارية ،محمود عاطف البنا ، دار العلوم للطابعة والنشر ، ١٤٠٥هـ ص ١٩.

(٣) انظر : آثار العقد الإداري في الفقه والنظام ، د/ عبد الله بن حمد السعدان ، ص ٤٧.

**المطلب الثالث: تعريف تنفيذ العقد الإداري في الفقه:**

يطلق العقد عند الفقهاء على معنيين: عام، وخاص، وسنعرض لهما فيما يلـي:

أولاً: المعنى العام:

وهو كل التزام، تعهد الإنسان بالوفاء به، فيشمل بهذا جميع التصرفات الشرعية، فالعقد بهذا المعنى ينظم جميع الالتزامات التي تنشأ بإرادتين: كالبيع ونحوهما، وبإرادة واحدة: كالوقف ونحوهما (١).

قال الإمام أحمد (٢) " العقود هي العهود" (٣) ، ويقول الجصاص (٤) " العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو ما يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه؛ لأن العقد إذا كان في أصل اللغة الشد ثم نقل إلى الأيمان والعقود، فإنما أريد به إلزام الوفاء بما ذكره ، وإيجابه عليه، وهذا إنما يتناول منه ما كان منتظراً مراعى في المستقبل من الأوقات، فيسمى البيع، والنكاح، وسائر العقود والمعاوضات عقوداً؛ لأن كل واحد منهما قد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المتقبل عقداً؛ لأن الحالف قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من فعل أو ترك .. وكذا

(١) انظر : آثار العقد الإداري ، د/ عبد الله السعدان ، ص ٣١ .

(٢) هو أبو عبد الله،أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن إدريس الشيباني، من أئمة الحديث، والمقلد عند الحنابلة، ولد سنة ١٦٤هـ ، وحورب بسبب وقوفه في وجه من قال بخلق القرآن، وسجن ببغداد،من مؤلفاته: المسند، والناسخ والمنسوخ، توفي عام٢٤١هـ. انظر : الأعلام، للزركشي ، ١٩٢/٢.

(٣) قاعدة العقود ،لابن تيمية ، ص ٩٥ .

(٤) هو أبو بكر، أحمد بن علي الرازي، المشهور بالجصاص، ولد ببغداد سنة ٣٠٥، ورد بغداد في صغره، ودرس وجمع، له: أحكام القرآن، ومختصر اختلاف العلماء، وتوفي سنة ٣٧٠هـ ، انظر: شذرات المذهب ، لابن عماد الحنبلي، ٧١/٣.

العهد، والأمان.. وكذا كل شرط شرطه إنسان على نفسه، في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وكذا النذور، وإيجاب القرب وما جرى مجرى ذلك، وكذلك الطلاق المعلق على شيء في المستقبل " (١).

ثانياً: المعنى الخاص:

إذا أطلق الفقهاء العقد، فهم يريدون به في الغالب المعنى الخاص؛ فقد صرح بعضهم: بأن العقد هو ما يتم بإرادتين ،يقول الدردير (٢): " إنه لا يكون العقد إلا بين اثنين " (٣)، ويقول ابن رشد (٤) :" العقد هو الإيجاب والقبول" (٥) وهذا المعنى هو الشائع عند الفقهاء إلا أنه لا يمكن القول إ م لا يريدون به عند الإطلاق سوى هذا المعنى؛ لأ م صرحوا بشمول معنى العقد، لما يتم بإرادتين، وإما بإرادة واحدة (٦).

ومن خلال عرض بيان مفهوم العقد عند الفقهاء يمكن تعريف العقد الإداري: بأنه التزام أمر معين متعلق بالمصلحة العامة مرتبط بالإيجاب والقبول.

---

(١) أحكام القرآن ، للجصاص ، ٢٩٥/٢.

(٢) هو أحمد بن محمد بن أبي حامد، العدوي المالكي الأزهري الشهير بالدردير، ولد في بني عدي بمصر سنة ١١٢٧هـ ، وتعلم بالأزهر ، له عدة مصنفات منها : أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ، والشرح الكبير لمختصر خليل وغيرها ، توفي بالقاهرة سنة ١٢٠١هـ . انظر : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، لمحمد بن محمد مخلوف، ص ٣٥٩، بيروت، دار الفكر ، بدون ط .

(٣) الشرح الصغير ، ٣٤/٢.

(٤) هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد ، درس الفقه، والأصول، والطب ، والفلسفة، امتحن في آخر حياته بالنفي ، وإحراق كتبه ، ومن كتبه بداية ا تهد ، والكليات في الطب . انظر : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، ص١٤٧.

(٥) بداية ا تهد و اية المقتصد ، لابن رشد ، ١٧١/٢.

(٦) انظر : آثار العقد الإداري في الفقه والنظام ، د/ عبد الله السعدان ، ص ٣٤.

فهذا التعريف داخل في المعنى الخاص للعقد عند الفقهاء.

والالتزام هنا له معنى واسع يدخل فيه الشخص الطبيعي، أو الشخص المعنوي عاماً كان أو خاصاً.

وقصر هذا التعريف على العقود الإدارية دون غيرها لتعلقها بالمصلحة العامة .

# الفصل الأول

## سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد الإداري

**يحتوي على مبحثين :**

**المبحث الأول** :سلطة القاضي في تفسير العقد الإداري .

**المبحث الثاني** :سلطة القاضي في تعديل العقد الإداري .

# المبحث الأول

## سلطة القاضي في تفسير العقد الإداري

**ويحتوي على ثلاثة مطالب :**

**المطلب الأول**:حالة وضوح عبارات العقد في النظام والفقه.

**المطلب الثاني**:حالة غموض عبارات العقد في النظام والفقه.

**المطلب الثالث**:حالة الشك في التعرف على الإدارة المشتركة للمتعاقدين في النظام والفقه .

## المبحث الأول : سلطة القاضي في تفسير العقد الإداري

إن طبيعة العلاقة بين المتعاقد والإدارة تبدو دائماً في حالة تعاون وتعاضد وتكامل في سبيل تنفيذ خدمات المرافق العامة على أحسن حال، وتظهر من خلال تلك العلاقة تمتع الإدارة بسلطات واسعة، يبدو معها المتعاقد ضعيفاً تجاه الإدارة، ولكن في العقد الإداري تظل دائماً علاقة بين إرادتين، بل في توافق بين هاتين الإرادتين لإحداث أثر قانوني، فالمتعاقد لا يلزم إلا بما ورد في العقد.

غير أنه لما كانت بوسع الإدارة التدخل أثناء تنفيذ العقد وإجراء تعديلات على موضوعه، فإن العقد الإداري على هذا الأساس يختلف النظر إليه عند نظر الـ اع المتعلق به من مجرد وثيقة عبرت عن توافق إدارتين أو طرفين أو إرادتين إلى وثيقة تحتوي على ذلك التوافق، وعلى جوانب تنظيمية أخرى تفرضها طبيعة بعض العقود الإدارية، أو تستمد من الأنظمة التشريعية والقضائية والقانونية على حسب الأحوال (١) .

فالقانون الإداري هو قانون غير مقنن، فالأولى أن يكون تفسير العقود الإدارية قائماً على حسن الفهم والإدراك ومقتضيات العدالة، وأن يكون مناط التفسير الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، وأن يراعى في ذلك ما تتميز به العقود الإدارية من خصائص وطبيعة خاصة، تجعله نظاماً قانونياً مختلفاً.

(١) انظر : العقود الإدارية ، د/ محمود خلف الجبوري ، ط ١ ، ١٩٩٨ م ، ص ٢٥١.

وعلى رأس هذا النظام القانوني الخاص بالعقود الإدارية تبرز قاعدة أساسية تسود قواعد تفسير العقود الإدارية؛ وهي أن هذه العقود تقوم على أساس المصلحة العامة وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطّراد.

ومن هنا فإنه ينبغي أن يكون التفسير إلى جانب المصلحة العامة -إذا ما تعارضت معها المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة- لضمان حسن سير المرافق العامة، بانتظام واطّراد (١)، مما يترتب عليه المنفعة والعدالة والمصلحة للجميع.

فالمهم في التفسير أن تتبين للقاضي إرادة المتعاقدين المشتركة، وهي ناحية موضوعية. ولما كانت قواعد التفسير  دف إلى حماية الجانب الضعيف في العملية العقدية فإن هذه الغاية من التفسير قد تتعارض مع المصلحة العامة التي تكون في جانب الإدارة، ولتلافي هذه الصعوبة يجب على القاضي حين يفسر العقد أن لا يغيب عن باله فكرة المصلحة العامة التي تعمل الإدارة من أجل تحقيقها، مع إجراء موازنة بين مصلحة الفرد المتعاقد مع الإدارة والمصلحة العامة، بحيث لا يضحي بإحداهما على حساب الأخرى؛ لأن العمل الذي يقوم بالتفسير هو عقد أولا وأخيراً وليس تصرفاً صادراً من جانب واحد (٢).

وتفسير العقد يمكن إرجاع قواعده الرئيسة إلى ثلاثة أمور :

أولاً: حالة وضوح عبارات العقد .

(١) انظر : العقود الإدارية ، د/ محمود خلف الجبوري ، ط١ ، ١٩٩٨م ، ص ٢٥٣ .

(٢) انظر : سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ سيد محمد جاد الله ، دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٧، ص ٢٦٧ .

ثانياً : حالة غموض عبارات العقد .

ثالثاً: حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة .

وسأتناول في المطالب التالية سلطة القاضي في تلك الأحوال .

**المطلب الأول: وضوح عبارات العقد:**

المقصود بوضوح العبارة: هو وضوح الإرادة؛ فقد تكون العبارة في ذا ا واضحة لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال التعبير الواضح، فقصدوا معنى وعبروا عنه بلفظ لا يستقيم معه ولا يؤديه بدقة بل ربما كان موحياً بمعنى آخر وواضحاً فيه، ففي هذه الحالة لا يؤخذ بالمعنى الواضح غير المقصود الذي جسده اللفظ بل يجب أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان دون أن يرمي ذلك بالمسخ والتشويه (١).

وعليه فيجب أن يحرر اللفظ من الاشتراك والغموض واللبس عند كتابة العقد، وأن يكون معبراً بدقة عن إرادة كل من المتعاقدين حتى تحفظ الحقوق عند التنازع ونحوه.

فالعبرة في تفسير العقود بالتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين عن طريق معايير موضوعية تمكن من الكشف عنها، فإذا كانت عبارات العقد واضحة، وتكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فلا محل لتفسير تلك العبارات بداعي البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، حيث يفترض من المتعاقدين قد أرادوا ما ذكراه بالقول في العقد ونصوا عليه، فإذا كانت عبارات العقد واضحة وجب أن تعتبر تعبيراً حقيقياً عن إرادة المتعاقدين ولا يجوز الاعتراض على هذه العبارات بالتفسير المخل والتأويل(٢).

---

(١) سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ سيد محمد جاد الله ، ص ٢٦٩ .

(٢) انظر : العقود الإدارية ، د/ ماجد راغب الحلو ، دار الجامعة الجديدة ، ط٢، ٢٠٠٤، ص ٩٦.

ولكن إذا كانت الظروف تدل على أن المتعاقدين قد أساءا استعمال ذلك التعبير الواضح، وقصدا معنى إلا أ ما عبرا عنه بلفظ لا يفهم منه ذلك المعنى، ففي مثل هذه الحالة على القاضي ألا يتقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ؛ لأن القاعدة العامة ذا الخصوص هي العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني (١).

يقول العلامة السنهوري"ولا يفهم من ذلك أن العبارات إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها، بل إن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة مهما بلغ وضوحها وسلس معناها، وارتفع عنها اللبس والإ ام، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذا ا واضحة، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى، بل هو واضح في معنى آخر، ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان"(٢).

إذاً فالأصل في تفسير عبارات العقد أن المعنى الواضح في اللفظ هو المعنى الحقيقي، ولا يجوز العزوف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا تأيد من ظروف الدعوى ما يدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير وقصدا معنى آخر، فيجب حينئذ البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين .

---

(١) انظر : العقود الإدارية ، د/ محمد خلف الجبوري ، ص ٢٥٤.

(٢) الوسيط شرح القانون المدني المصري ، أ.د/عبدالرزاق السنهوري ،ص ٦٠٢، ط١، ١٩٦٥م ، دور القاضي في تعديل العقد،د/فؤاد محمود معوض،ص ١٦٠، دار الجامعة الجديدة،مصر ، ط١، ٢٠٠٨م .

ومن التطبيقات القضائية على هذا المبدأ، ما جاء بالقرار رقم:١٣٩٧/٤هـ
في القضية رقم: ١/٨٦/ ق لعام ١٣٩٣هـ .

الوقائع:

تقدمت شركة ... باستدعائها رقم: م/١/أ/٤/٤٧٦ بتاريخ ١٣٩٣/٥/٣هـ وذكرت أنه بتاريخ ١٣٨٤/٦/٨هـ تعاقدت مع وزارة المواصلات ( البرق والبريد والهاتف حالياً) على تأسيس التليفون الآلي في المدن الرئيسية في المملكة، وذلك نظير مبلغ معين من الدولارات الأمريكية.

وقد رغبت الوزارة فيما بعد في توسيع نطاق المشروع، الأمر الذي أدى إلى قيام الطرفين بإبرام العقد الإلحاقي المؤرخ ١٣٨٨/٥/٢هـ وأثناء تنفيذ العقد أفضت تقلبات أسعار العملات الدولية إلى تغيير في أسعار بعض تلك العملات، ومن ضمنها الدولار الأمريكي الذي فقد جزءاً كبيراً من قيمته، وقد ترتب على ذلك أنه لدى تصفية استحقاقات الشركة على أساس سعر الدولار الجديد بالنسبة للريال رأت الوزارة أن تتحمل الشركة الفرق بين سعر الدولار القديم وسعره الجديد، وقد اعترضت الشركة على ذلك وأفادت وجهة نظرها على نص المادة: (٨) في الملاحظات الإيضاحية التي تعتبر جزءاً من العقد، والتي جرى نصها على ما يلي :

"أن جميع أسعار التركيب قد احتسبت على أساس سعر التحويل الرسمي للدولار والبالغ أربع ريالات ونصف ريال سعودي للدولار الواحد (٤.٥) وإذا تغيرت قيمة الريال بالارتفاع فإن أسعار التركيب ستعدل بنفس النسبة."

وفي مذكرة لاحقة مؤرخة في ١٣٩٢/١٢/٤هـ مقدمة لسعادة وكيل وزارة المواصلات للشؤون السلكية واللاسلكية قالت الشركة أ ا تستحق أن تحتسب أجور التركيب لها على أساس (٤.٥٠) ريال لكل دولار، وذلك لأن أجور التركيب يجب أن تظل بمنأى عن

التأثير به للاختلال الذي طرأ على سعر التعادل بين العملات إذ أنه وأن قدمت أسعارها بالدولار إلا أ ا أوضحت أن الدولار بالنسبة لها، وفيما يتعلق بأجور التركيب بالذات يعني ٤.٥٠ ريال كما أ ا لو كانت راغبة في أن تتم محاسبتها بالدولار وبصرف النظر عن أي علاقة بينه وبين الريال السعودي لما كانت في حاجة إلى وضع المادة المذكورة إذ العقد بالدولار ومن ثم فإن المحاسبة ستكون بالدولار، ولكن الصحيح هو أن الشركة أرادت أن تحمي نفسها من أي تقلب يحصل في قيمة الدولار بالنسبة للريال السعودي بمعنى أ ا أرادت أن تثبت المعادلة الصرفية التي وضعت أسعارها على هديها وهي أن الدولار يساوي (٤.٥) ريال وترى أن أي قول بأن محاسبتها يجب أن تتم على أساس السعر الجديد للدولار أي ٤.١٥ يعني إفراغ المادة الثامنة المشار إليها من أي مضمون وجعل وجودها عبثاً لا طائل من ورائه وهذا يخالف إرادة المتعاقدين إذ أن وجود تلك المادة وإن كان قد حمى الشركة حينما أخلت المعادلة بين سعر الدولار والريال بانخفاض سعر الدولار فإنه في الوقت ذاته يحمي الدولة فيما لو كان قد حصل العكس أي فيما لو انخفضت قيمة الريال السعودي بالنسبة للدولار .

واستطردت الشركة قائلة أن المادة المذكورة لم تتعرض إلا إلى علاقة الريال بالدولار، فهي لم تتعرض لسعر الذهب أو أية عملة أخرى، ومرد ذلك أن الشركة أرادت أن تحدد موقفها على ضوء الأسس التي اعتمد ا في إعداد عطائها أي أ ا أرادت أن تقول وبوضوح أن كل دولار بالنسبة لها يساوي ٤.٥٠ ريال وأن أي اختلال في هذه المعادلة يجب أن لا تضار منه.

وأضافت الشركة أن نص المادة الثامنة في الملاحظات الإيضاحية السابق بيانه والذي يعتبر وثيقة من وثائق العقد الأصلي قد بقي حكمة قائماً أيضاً في ظل العقد الإلحاقي، ودليل ذلك ما يلي:

-إن الوزارة حينما رغبت في توسيع مشروع الهاتف الآلي وطلبت إلى الشركة تقديم

عرض جديد بالنسبة للتوسعة المطلوبة ونظراً لأن تلك الرغبة في التوسعة جاءت بعد مضي خمس سنوات من إبرام العقد الأصلي فإن الشركة ضمنت عرضها أسعاراً مختلفة عن الأولى بالنسبة للمواد والمعدات وذلك بسب ارتفاع أسعارها عالمياً، وقد دارت عدة مناقشات حول ذلك انتهت بإبرام العقد الإلحاقي المؤرخ في ١٣٨٨/٥/٢هـ وقد نص البند العاشر من هذا العقد في فقراته "١، ٣،٢، ٤" على الأسس والتواريخ التي تتم وفقاً لها زيادة أسعار المواد والمعدات المستوردة وفي فقرته الخامسة نص على أنه (وفيما عدا ما ذكر فإن أسعار العقد الأساسي لا تخضع لأي تعديل حتى إنجاز الطرف الثاني لجميع أعمال العقد الأساسي وهذا العقد.

كما أنه ورد في صدر البنك العاشر ما نصه " يقوم الطرف الأول بمحاسبة الطرف الثاني عن قيمة المواد والأعمال المطلوبة بموجب هذا العقد وبموجب العقد الأساسي."

ومن هذه النصوص يتضح أن التعديل الذي أتى به العقد الإلحاقي خاص بأسعار المواد والمعدات المستوردة إذ أن هذا العقد قضي بإدخال تعديلات على أسعار تلك المواد والمعدات، أما بالنسبة لأجور التركيب فإنه أحال إلى أحكام العقد الأساسي مؤكداً أن تلك الأسعار يجب أن تخضع لأي تعديل وهذا ما عنته بوضوح عبارة "وفيما ما عدا ذكره" ولذلك فإن نصوص العقد الأساسي هي التي يجب أن يعتد ا بكل ما يتعلق بأسعار أجور التركيب وأي قول يدعو إلى أن تتحمل الشركة نتائج تغيير سعر الصرف سيؤدي بدون شك إلى تعديل أسعار العقد الأساسي وهذا يتعارض تعارضاً واضحاً مع نص الفقرة الخامسة التي نصت على أسعار العقد الأساسي فيما عدا أسعار المواد والمعدات لا تخضع لأي تعديل.

كذلك فإن البند السادس عشر من البند الإلحاقي قد نص على أن (يعتبر هذا العقد أي العقد الإلحاقي مكملاً للعقد الأساسي ومعدلاً له وتعتبر نصوص هذا العقد في التعميم والتخصيص والإطلاق والتقييد.

ورأت الشركة أن هذا النص قاطع الدلالة على ما يلي-:

أ- أن أحكام العقد الإلحاقي تعتبر معدلة لأحكام العقد الأصلي وذلك بالنسبة للمسائل التي وردت لها أحكام مغايرة.

ب- أن أحكام العقد الإلحاقي تعتبر مكملاً لأحكام العقد الأساسي وذلك بالنسبة للمسائل التي لم يرد لها حكم خاص في العقد الأساسي ونظراً إلى أن نصوص العقد الإلحاقي اقتصرت على تحديد أسعار المواد والمعدات المستورة فإن أسعار أجور التركيب فيه محكومة بنصوص العقد الأساسي، ويؤيد ذلك نص الفقرة خامساً من البند العاشر في العقد الإلحاقي وهي التي نصت على " فيما عدا ما ذكر في الفقرات أولاً وثانياً وثالثاً ورابعاً فإن أسعار العقد الأساسي لا تخضع لأي تعديل."

وخلصت الشركة في ذلك إلى أن نصوص العقد الأساسي هي التي ما برحت تنظم علاقة الطرفين فيما يتعلق بأجور التركيب وبما أن تلك النصوص قد تضمنت شرطاً خاصاً لسعر الصرف فإن الشركة تحتفظ لنفسها بموجبة أن تحاسبها الوزارة على أساس أن الدولار يساوي ٤.٥٠ ريال لأن استحقاقات الشركة يجب أن تظل بمنأى عن التأثير بنتائج تقلبات أسعار العملات الأجنبية.

رد الإدارة:

ولقد عقبت جهة الإدارة المدعى عليها على دعوى الشركة بمذكرة قالت فيها:

أولاً- أن طلب الشركة اعتماد الريال السعودي بدل الدولار الأمريكي بالنسبة لأسعار التركيب يخالف النصوص الصريحة والواضحة الواردة بشروط المناقصة وبالعقدين المتعلقين بالموضوع، وتقضي جميعها بأن الدفع يكون بالدولار الأمريكي دون ربطه بأي عملة أخرى وبررت الوزارة وجهة نظرها هذه بأن المادة "١/أ/د " في شروط المناقصة الواردة تحت " عنوان معلومات لمقدمي العطاءات " نصت على أن الأسعار يجب أن تكون بالدولار وأن المادة(٢٢) من العقد المبرم مع الشركة في ١٣٨٤ في شأن مشروع تنفيذ

الهاتف الآلي نصت على أن يدفع الطرف الأول للطرف الثاني بالدولارات الأمريكية مقابل جميع المواد الموردة والعمل المؤدى والتركيب والخدمات المقدمة من أجل إتمام السنترال أو الشبكة المشمولة في هذا العقد طبقاً لجدول " ز" أدناه.

وقررت الإدارة في مذكر ا سالفة البيان أن كل نصوص وشروط عقدي ١٣٨٤هـ-١٣٨٨هـ المتعلقين بالمشروع صريحة في أن دفع قيمة أعمال التركيب تتم بالدولار دون أن تحدد له سعر للريال السعودي أو تربطه بأية عملة أخرى الأمر الذي يؤدي إلى رفض ادعاءات الشركة الرامية إلى المطالبة بقيمة التركيب بالريال السعودي.

ولا تفيد المادة (٨) من الملاحظات التوضيحية المشار إليها في مذكرة الشركة لو افترض وجودها على إطلاقها في إعادة حساب الريال السعودي في قيمة التركيب ذلك أن المادة المذكورة أشارت فقط إلى أنه في حالة وجود ارتفاع جوهري في سعر الريال، في هذه الحالة وحدها تعدل أسعار التركيب تبعاً لذلك وبديهي أن تعديل الأسعار في حالة أحقيته سيكون بالدولار إعمالاً لنصوص العقد.

وخلصت الإدارة في هذه الفقرة في مذكر ا إلى أنه لا وجه لما تدعيه الشركة من اعتماد صرف قيمة أعمال التركيب بالريال السعودي.

ثانياً- أضافت جهة الإدارة قائلة أن المادة الثامنة من الملاحظات التوضيحية التي تستند عليها الشركة في طلبها صرف أسعار التركيب على أساس أن الدولار يساوي ٤.٥٠ ريال سعودي - هذه المادة قد عدلت بوثائق أخرى ملحقة بالعقد المبرم في سنة ١٣٨٤هـ حتى يكون العطاء متفقاً مع شروط المناقصة وآية ذلك أن الشركة أرسلت عطائها ومرفقاته بما في ذلك الملاحظات التوضيحية المشار إليها في الخطاب المؤرخ ١٩٦٤/٢/٢٠م أوردت به أنه (بالنسبة لأسعار تركيب الجزئين ٢،١ بما في ذلك تأمين المواد الأولية وهي الخرسانة العادية والمسلحة فإن الأسعار ستبقى ثابتة طول السنتين الأوليين في العقد وبعد ذلك يمكن تعديل الأسعار في حالة حدوث ارتفاع ملموس في

أجور العمال المحليين وكذلك في أسعار المواد المحلية على أن تتم هذه التعديلات بناءً على المستندات الرسمية الصادرة من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية ووزارة التجارة.

وعندما وضح للوزارة أن ما جاء بالمادة (٨) من الملاحظات التوضيحية لتعديل أسعار التركيب عند تغيير سعر الدولار وما تضمنه خطاب الشركة من تعديل تلك الأسعار عند ارتفاع أجور العمال المحليين وأسعار المواد المحلية دون تحديد حد أقصى لما تكون عليه زيادة الأسعار يخالف ما نصت عليه المادة "١٢" من شروط المناقصة التي تقضي بأن الوزارة تفضل التعاقد على أساس أسعار ثابتة و ائية وأنه يمكن النظر في قاعدة تعديل الأسعار بشرط أن يذكر الحد الأقصى للتعديل وعندما وضح للوزارة ذلك بادرت إلى إخطار الشركة في ١٩٦٤/٤/٢٧م برقم ١٢١٧٧ لتتقدم بأسعار ثابتة وتضع حداً أعلى لتغيير أسعار تكاليف التركيب التي يشملها العطاء إعمالاً للمادة ١٢ سالفة الذكر.

وخلصت جهة الإدارة في ذلك إلى أنه كان من الطبيعي أن تصحح الشركة عطاءها وفقاً لما تقضي به شروط المناقصة وإلا كان حرياً بالاستبعاد كما استبعد غيره لهذا السبب فأرسلت الشركة كتا ا المؤرخ ١٩٦٤/٥/٥م الذي أشارت فيه إلى أن أسعار التركيب هي التي سوف يتناولها التعديل في حالة حدوث زيادة كبيرة في تكاليف الأيدي العاملة المحلية وأن الجزء الرئيسي من أعمال التركيب سيظل ثابتاً طوال مدة العقد ومن بين ذلك تكاليف المهندسين والفنيين والعمال المهرة الأجانب الذي سيتم استقدامهم من الخارج وتكاليف نقل الموظفين والمواد والمصاريف الإدارية. وقصرت التعديل على أجور العمال المحليين وحددت التكاليف التي تخضع لتغيير الأسعار بما لا يزيد عن مليون ريال ورأت جهة الإدارة أن ما ورد في خطاب الشركة الأخيرة في قصر تعديل الأسعار على أجور العمال المحليين وتحديد التكاليف التي تخضع للزيادة بمليون دولار يعبر تعديلاً صريحاً لما جاء بالمادة (٨) من الملاحظات التوضيحية وما جاء بخطاب تصدير العطاء على نحو يتفق وشروط المناقصة بحيث لا تجوز زيادة الأسعار إلا بالنسبة لأجور العمال المحليين وفي حدود

الزيادة المذكورة فقط. وليس من شك في أن حالة ارتفاع سعر الريال بالنسبة للدولار هي حالة من حالات رفع الأسعار بصفة عامة وليس للشركة حق فيها دون أن تضع لذلك ضوابط محددة سلفاً وإلا تكون قد خالفت نص المادة (١٢) من شروط المناقصة.

ثالثاً- أضافت جهة الإدارة فضلاً عما تقدم أن المادة الثامنة من الملاحظات التوضيحية بتعديلا ا الأخيرة قد ألغيت بالعقد الإلحاقي الذي أبرم بين الوزارة والشركة في عام ١٣٨٨هـ وقبل إعادة تقييم الريال بالنسبة للدولار حيث تضمن هذا العقد نظاماً متكاملاً لتعديل الأسعار انطوى على ضوابط ومعادلات تتناسب مع الظروف الجديدة وهي وحدها التي تسري بالنسبة لهذا العقد الإلحاقي الذي اعتبر العقد الأساسي جزءاً من وثائقه وعلى ذلك إذ تعارضت نصوص هذه الوثائق مع نص العقد الإلحاقي فيؤخذ بنص العقد الإلحاقي.

وقد أشار البند العاشر من العقد الجديد إلى النظام الجديد لتعديل الأسعار بالنسبة لكافة مشتملات العقد الأساسي والعقد الإلحاقي. وهذا النظام هو الواجب التطبيق ذلك لأنه بعد أن أشار الطرفان في البند المذكور إلى أسعار عطاء العقد الأساسي وضوابط تعديل الأسعار الواردة به استبعدا ضوابط الأسعار الواردة بعطاء ١٩٦٤/٢/٢٠ في دائرة التطبيق مؤكدين أن يكون التعديل بالنسبة للعقد الأساسي والعقد الإلحاقي وفقاً لما جاء في البند العاشر في العقد الأخير. وعبارات البند العاشر واضحة في هذا الخصوص وصياغته تقطع باستبعاد الضوابط الواردة في العقد الأساسي في التطبيق، وبأن إدارة الطرفين اتجهت إلى إعمال معدلات جديدة لضبط الأسعار عند ارتفاعها بالنسبة لكافة مشتملات العقدين وعلى هذا فلا يجوز القول بأن ضوابط التعديل المبينة في المادة ٨ في الملاحظات التوضيحية المقدمة مع العطاء لازالت سارية المفعول أو محققة لآثارها بالنسبة لأعمال التركيب ومن ثم يتعين التسليم بإلغائها في تاريخ تنفيذ العقد الإلحاقي المبرم في ١٣٨٨هـ ولا يصبح تفسير سكوت البند العاشر عن وضع ضوابط بالنسبة لأجور العمال المحليين وأسعار المواد

المحلية بانصراف نية الطرفين إلى إعمال الضوابط المقررة بعطاء العقد الأصلي بشأ ا إذ لا محل لهذا التفسير طالما أن عبارات البند المذكور واضحة باستبعاد تلك الضوابط ائياً وإحلال ضوابط جديدة محلها وخير شاهد على ذلك عبارة الفقرة الخامسة من البند العاشر التي تقضي بأنه فيما عدا ما ذكر فإن أسعار العقد الأساسي لا تخضع لأي تعديل حتى إنجاز الطرف الثاني لجميع أعمال العقد الأساسي وهذا العقد.

وانتهت جهة الإدارة في مذكر ا إلى أن الشركة غير محقة في طلبها وطلبت رفض دعواها.

الأسباب:

من حيث أن الشركة المدعية تطلب أن يحتسب لها أجور التركيب على أساس ٤.٥٠ ريال لكل دولار استناداً إلى نص المادة الثامنة من الملاحظات الإيضاحية التي تعتبر جزءاً من العقد الأصلي المبرم بينهما وبين الوزراة في عام ١٣٨٤هـ وذلك على التفصيل الوارد بالوقائع.

ومن حيث أن الوزارة المدعى عليها تنكر على الشركة هذا الحق قولاً منها بأن الشركة ترمي من وراء طلبها إلى اعتماد الريال السعودي في الدفع بدلاً من الدولار وهذا يخالف شروط المناقصة ونصوص العقدين المبرمين في هذا الشأن والتي تقضي جميعها بأن يكون الدفع بالدولار وأن هذا الطلب يكون رفعاً للأسعار دون ضوابط محدودة سلفاً وهذا يخالف نص المادة (١٢) من شروط المناقصة التي تقضي بأن الوزراة تفضل التعاقد على أساس أسعار ثابتة و ائية.

وفضلاً عن ذلك فإن المادة الثانية من الملاحظات الإيضاحية التي تستند عليها الشركة قد ألغيت بمقتضى البند العاشر من العقد الإلحاقي.

ومن حيث أن التكييف الصحيح لطلب الشركة هو أنه طلب تنفيذ نص من نصوص العقد المبرم بينها وبين الوزارة ورد في وثيقة اعتبرت جزءاً منه. وليس إحلالاً للريال السعودي محل الدولار ولا رفعاً للأسعار ذلك لأن الشركة لا تطلب أكثر من أن كل دولار يحسب

لها من أسعار التركيب يجب أن تحتوي قيمته على ٤.٥٠ ريالاً سعودي حتى يحتفظ عطاؤها بقيمته ومقداره عند التعاقد.

وفي ضوء هذا التكييف يصبح من نافلة القول الحديث عن رفع الأسعار أو زيادة قيمة العطاء لأن الشركة لا تطلب كمقابل للتركيب عدداً من الدولارات أكثر مما ارتبطت به مع الوزارة وإنما تطلب أن تكون قيمة هذه الدولارات ومحتواها هي ذات القيمة التي تعاقدت عليها حتى يحتفظ عطاؤها بمستواه.

ومن حيث أن المادة الثامنة من الملاحظات الإيضاحية التي تعتبر جزءاً من العقد الأصلي مع الشركة تنص على أن:

(جميع أسعار التركيب قد احتسبت على أساس سعر التحويل الرسمي للدولار والبالغ أربعة ريالات ونصف ريال سعودي للدولار الواحد (٤.٥) وإذا تغيرت قيمة الريال بالارتفاع فإن أسعار التركيب ستعدل بنفس النسب).

ومن حيث أنه من المقرر في الفقه والقضاء والإداريين والشريعة الإسلامية السمحاء أنه من المتعين في تفسير العقود البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ إذ يعتد بالإرادة الحقيقية على أن تكون الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا الإرادة الفردية لكل منهما لأن هذه الإرادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان وهي التي يؤخذ ا دون اعتداد بما لأي متعاقد منها من إرادة فردية، ومن العوامل التي يستهدي ا القضاء للكشف عن هذه الإرادة المشتركة ما يرجع إلى طبيعة التعامل حيث يختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد، ومن العوامل الخارجية في تفسير العقد حيث لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للنظام والعرف والعدالة.

كذلك من المقرر أن الأصل أن من يوجه الإيجاب في العقد الاداري إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتي تستقل لإرادة دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك

في ذلك، وليس لمن يريد التعاقد مع الإدارة إلا أن يقبل هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء إلا أن يكون الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التي تؤثر على هذه الشروط الجوهرية المعلقة ففي هذه الحالة أجيز للإدارة أن تتفاوض مع صاحب العطاء للـ ول عن كل أو بعض تحفظاته .

ومن المقرر أيضاً أن الأصل في تفسير العقود الإدارية أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين أما إذا كانت غير واضحة فقد لزم تقصي الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. والمقصود بوضوح العبارة هو وضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذا ـا واضحة لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال التعبير الواضح فقصدا معناً وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم معه هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر، ففي هذه الحالة لا يؤخذ بالمعنى الواضح للفظ بل يجب أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصدا إليه المتعاقدان دون أن يرمي ذلك بالمسخ والتشويه فالعبرة في تفسير العقود بالتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين عن طريق معايير موضوعية تمكن من الكشف عنها.

ومن المقرر أيضاً أنه ليس ثمة خطر من مواد النظام على أن ينطوي الثمن في العقود الإدارية على فروق علاوة تحويل العملة أو ما في حكمها فلا مخالفة والحالة هذه في اتفاق طرفي العقد على زيادة الثمن بما يوازي قيمة هذه العلاوة .

في ضوء هذه المبادئ المستقرة فقهاً وقضاءً يجب أن ينظر إلى نص المادة الثامنة من الملاحظات الإيضاحية التي تعتبر جزءاً من العقد الأصلي وعبار ـا في غاية الوضوح تكشف عن الإرادة المشتركة للشركة والوزارة، فالشركة وضعتها كتحفظ في ملاحظا ـا الإيضاحية و ـدف من وراء ذلك إلى حماية نفسها من تقلبات قيمة العملة الأجنبية

فوضعت معادلة للصرف لتقول وهي الشركة الوطنية أ ا وإن كانت قدمت عطائها لتتواءم مع الشروط الجوهرية للمناقصة إلا أ ا حسبت أسعارها على أساس أن كل دولار يساوي ٤.٥٠ ريال سعودي أي أن هذا هو المقابل الذي ترتضيه وهذه قيمته فيجب ألا تقل هذه القيمة عن هذا المستوى الذي كان سائداً وقت التعاقد أما إذا ارتفعت قيمة الريال بالنسبة للدولار أو انخفضت قيمة الدولار بالنسبة للريال فإن المستوى السابق بيانه لقيمة العطاء يجب أن يظل على حالة.

والوزارة لأ ا قبلت النص في المادة الثانية من العقد الأصلي على أن يكون من وثائق العقد " ... عروض الطرف الثاني وتتضمن الجداول والبيانات المقدمة منه والموافق عليها من الطرف الأول وتتكون مما يأتي-:

أ- العرض رقم أ و أ/١ المؤرخ ١٩٦٤/٢/٢٠م مع كامل مرفقاته .

ب- خطاب الطرف الأول رقم ٦١٣٧١ المؤرخ ١٩٦٤/٣/١٨.

جـ - خطاب الطرف الثاني رقم أ و. أ في ١٩٦٤/٤/٧م مع كامل مرفقاته.

د- خطاب الطرف الأول رقم ١٢١٧٧ في ١٩٦٤/٤/٢٧م.

هـ - خطاب الطرف الثاني المؤرخ ١٩٦٤/٥/٥م.

وقد اشتمل العرض المنصوص عليه في الفقرة " أ " على بيانات قدمتها الشركة باسم ملاحظات إيضاحية ورد ا نص المادة الثامنة السابق إيراده والذي تعمد عليه الشركة في مطالبتها.

وقد قبلت الوزارة وجود هذه المادة بعد الانتهاء من مرحلة المفاوضات لحظة تحرير العقد وبعدها بدليل أن العقد الأصلي نص على أن تعتبر الملاحظات الإيضاحية المذكورة من وثائق العقد دون أن تطلب الوزارة حذف المادة الثامنة منها أو تعديلها ومعنى ذلك أن هذا النص باقٍ في ظل العقد الأصلي وترتب عليه حكمه.

فهل هذا النص باقٍ كذلك في ظل العقد الإلحاقي أم أنه أُلغي ؟

وحيث أنه جاء في البند العاشر من العقد الإلحاقي ما يلي:

" -بما أن الطرف الأول قد جدد في عرضه المؤرخ ١٨٦٤/٢/٢٠م أسعار الأعمال والمواد التي سيطلق عليها فيما بعد .... أسعار الأعمال والمواد الأساسية ."

-كما اورد في عرضه ضوابط لتعديل هذه الأسعار فقد اتفق بين الطرفين على تحديد أسعار المواد والأعمال المطلوبة بموجب هذا العقد وبموجب العقد الأساسي بالطريقة الآتية-:

وأوردت الفقرات أولاً، وثانياً، وثالثاً، ورابعاً، مجموعة من الضوابط لزيادة الأسعار ليس ا إشارة واحدة ما يعادله الصرف المنصوص عليها في المادة الثامنة من الملاحظات الإيضاحية سالفة البيان.

وهذه الضوابط لا تعدو أن تكون في حقيقتها تطبيق لمعادلة رفع أسعار واردة في العقد الأصلي شملت المواد والمعدات دون أسعار التركيب وأية ذلك ما يلي-:

أولاً: المحضر المتخذ من قبل سمو وزير المالية والاقتصاد الوطني ومعالي وزير المواصلات المرفق بخطاب سمو وزير المالية رقم ٤٦٠ في ١٣٨٨/٣/٢٣هـ فقد وردت في هذا المحضر إشارة إلى قرار مجلس الوزارة رقم ٢٣٤ في ١٣٨٨/٣/٢هـ الذي قضى بتفويض سمو وزير المالية ومعالي وزير المواصلات في البت في طلب وزير المواصلات الموافقة على تكليف الشركة بالقيام بتنفيذ الزيادات المطلوبة لمشروع الهاتف الأتوماتيكي بنفس الأسعار والشروط والأسس والمواصفات السابق التعاقد عليها مع الشركة المذكورة بتاريخ: (١٣٨٤/٥/٨هـ) وقد اتفق الوزيران في هذا المحضر على أن يتضمن العقد الجديد مع الشركة التزامها بتنفيذ مشروع التوسعة بنفس الأسعار والشروط والأسس التي تم التعاقد بمقتضاها في العقد الأساسي مع مراعاة أ ا وردت في العقد الأساسي معادلة متعلقة بزيادة أسعار المواد الخام وأجور العمال والشحن أثناء التنفيذ ونص على تطبيق هذه المعادلة بأن تضاف حصيلتها إلى الأسعار بحيث لا تتجاوز هذه الزيادة ١٥% من قيمة الأسعار المتفق

عليها ويراعى أن ينص في العقد المتعلق بالتوسعة على تطبيق هذه المعادلة بحدها الأعلى ١٥% من قيمة الأسعار على معدات التوسعة التي يتم شحنها خلال مدة سريان العقد الأصلي أي حتى ٦٩/١٠/١٤م، وبعد هذا التاريخ يتخذ السعر الذي وصلت إليه معدات التوسعة بعد إضافة المعادلة المذكورة بحدها الأعلى وهو ١٥% لأسعار ما تبقى من معدات التوسعة بعد ٦٩/١٠/١٤ م بدون شحن يضاف إليه حصيلة المعادلة بحد جديد لا يتجاوز ١٠% من قيمة الأسعار الجديدة.

ثانياً- أن مندوب المواصلات – في اجتماعات اللجنة الإدارية – قد أشار إلى أنه من الواضح أن عبارات المحضر سالف الذكر قد ظهرت في عقد التوسعة في البند العاشر ومعنى ذلك أن أسعار العقد الأصلي بقيت على ما كانت عليه بدون أي تغيير لا بالنسبة للتوريدات ولا بالنسبة لأعمال التركيب وأن المعادلة الواردة في البند العاشر من العقد الجديد هي ذات المعادلة الواردة في وثائق العقد الأصلي.

ومعني ذلك بوضوح أن أسعار التركيب بقيت على حالتها في العقدين، يؤيد ذلك خطاب مدير الشؤون المالية بوزارة المواصلات رقم ٨٨٠٠ح في ١٣٩٤/٥/٢٠هـ لمندوب تلك الوزارة الذي يذكر فيه أن أسعار وحدات أجور التركيب لعقد التوسعة حددت على أساس نفس أسعار وحدات التركيب للعقد الأساسي.

ثالثاً: بتاريخ ٩٤/٥/٢٥هـ قام مندوبا ديوان المظالم - في اللجنة التي سبق لها بحث الموضوع - بعمل اطلاع في وزارة المواصلات للتأكد من وحده أسعار التركيب في العقدين ومن أن القيمة المحددة في البند ثانياً من الفقرة الثالثة من البند الحادي عشر من عقد التوسعة لا تمثل خروجاً على تلك القاعدة وقام خبير الشبكات الهاتفية بالوزارة بإطلاعها على جداول وحدات الأسعار المرفقة بالعقد الأساسي ومعه ضمنها أسعار التركيب والموقع عليها من المسؤولين بالوزارة والشركة، وجرى تطبيق هذه الأسعار على المستخلص المقدم من الشركة برقم م-١/س-١٨٧١/١ في ١٣٨٦/١٠/٥هـ عن إنشاء

غرف التفتيش وإنشاء مجاري الكابلات الخرسانية من الدرجة الثالثة لشبكة الطائف والمعتمد من المهندس المشرف من قبل الوزارة بموجب الشهادات المؤرخة ٨٦/٩/٦هـ وهذا المستخلص من أعمال العقد الأساسي، كما جرى تطبيق ذات الأسعار من واقع الجداول على مستخلصين من أعمال التركيب في عقد التوسعة هما المستخلص رقم م/١/ش – ٤٧٤٠/١ المؤرخ ١٣٩٠/٨/١٧هـ عن أعمال التركيب لشبكة جدة ورقم م/١/ش - ٢٦٠٢/١ المؤرخ ١٣٩٢/٩/٣هـ عن شبكة جدة أيضاً وقد وجد مندوبا الديوان أن أسعار وحدات التركيب متفقة في جميع المستخلصات المذكورة مع جداول الأسعار الملحقة بالعقد الأساسي وأن أسعار التركيب في هذا العقد لم يصيبها أي تعديل.

رابعاً- أن نص الفقرة الخامسة صريحة في أنه فيما عدا ما ذكر في الفقرات أولاً وثانياً وثالثاً ورابعاً فإن أسعار العقد الأصلي لا تخضع لأي تعديل ومعنى ذلك بصراحة أن أسعار التركيب ومعها نص المادة الثامنة لم تعدل بمقتضى العقد الإلحاقي وأ ا باقية على حالها تحكمها نصوص العقد الأصلي. والقول بغير ذلك يعني أن العقد الإلحاقي قد أعد بالمخالفة لقرار مجلس الوزراء رقم ٢٣٤ في ١٣٨٨/٣/٢هـ بتفويضه وزيري المالية والمواصلات بالاتفاق مع الشركة المتعاقدة على الأساس المشار إليها في العقد الأصلي وتلك نتيجة لم تتجه إليها إرادة وزارة المواصلات المتعاقدة.

ومن حيث أنه على هدى كل ما تقدم فإن نص المادة الثامنة من الملاحظات الإيضاحية باق في ظل العقد الإلحاقي كما هو باق في ظل العقد الأصلي ويترتب عليه حكمه هو أن تحاسب الشركة على أسعار ونفقات التركيب المتفق عليها على أساس ٤.٥٠ ريال لكل دولار.

ولا يغير من تلك النتيجة القول بأن قيمة الريال لم ترتفع وأن الدولار هو الذي انخفض، وذلك لأن المادة الثامنة المشار إليها أشارت في وضوح إلى أن المعتبر وهو سعر التبادل الرسمي في ذلك الوقت بين الدولار والريال وأن هذا المعنى هو الذي قصده المتعاقدان حينما

سلف بيانه.

لذلك انتهى الديوان إلى:

أحقية الشركة في أن تصفي حسابا ا المتفق عليها من أعمال التركيب على أساس أن الدولار يعادل ٤.٥ ريالاً سعودياً وما يترتب على ذلك من آثار (١).

**موقف الفقه من سلطة القاضي إزاء وضوح عبارات العقد :**

ترجع وضوح عبارة العقد في الفقه الإسلامي إلى القاعدة الفقهية "العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، وأصل هذه القاعدة قول الرسول ﷺ: ((إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)) (٢)، وقوله ((لا عمل لمن لا نية له)) (٣)، وقوله ((إنك لن تنفق نفقة تبتغي ا وجه الله إلا أجرت فيها)) (٤)، وعنه ﷺ((يبعث الناس على نيا م)) (٥)، وحديث النية يدخل في كل أبواب الفقه حتى قال الشافعي أنه يدخل في سبعين باباً، واعتبره البعض أصلا من أصول العبادات القصاص وسائر العقود (٦).

يقول الإمام الشاطبي "إنما الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر، ويكفيك منها أن المقاصد

(١) قرار ديوان المظالم بالرياض رقم:١٣٩٧/٤هـ ،في القضية رقم ١/٨٦/ق لعام ١٣٩٣هـ .
(٢) رواه البخاري ، باب كيف كان بدأ الوحي ، ٣/١ .
(٣) سنن البيهقي الكبرى ، رقم ١٧٩، ٤١/١ .
(٤) صحيح البخاري ، باب ما جاء أن الأعمال بالنية ، ٣٠/١.
(٥) رواه ابن ماجة في سننه ، باب النية ، رقم ٤٢٢٩، ١٤١٤/٢ ، ومسند أبي يعلى ، رقم ٦٢٤٧، ١٢١/١١ .
(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص١٠ .

تفرق بين ما هو عادة وما هو عبادة، وفي العبادة بين ما هو واجب وغير واجب، وفي العادات بين الواجب والمندوب والمباح والمكروه والمحرم والصحيح والفاسد وغير ذلك من الأحكام، والعمل الواحد يقصد به أمر فيكون عبادة، ويقصد به شيء آخر فلا يكون كذلك، بل يقصد به شيء فيكون إيمانا، ويقصد به شيء آخر فيكون كفراً، وأيضا فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عرى عن القصد لم يتعلق به شيء منها كفعل النائم والغافل وا نون [1] .

وتفريعاً على ذلك فإنه في نطاق تفسير العقود يتعين على القاضي البحث عن نية المتعاقدين بالرجوع أولا إلى الألفاظ المستخدمة في التعاقد، فإن كانت واضحة لا لبس فيها ولا غموض، وتكشف عن نية المتعاقدين بحسب ملابسات العقد وظروفه، وجب إعمالها باعتبارها دليلا على النية والقصد .

وإن لم تكن كذلك فإن المطلب القادم يجب عن ذلك .

---

(١) الموافقات ، لإمام الشاطبي ، ص ٢٢٥ .

**المطلب الثاني: غموض عبارات العقد:**

"عندما تكون عبارات العقد ليست واضحة فعلى القاضي أن يفسر العقد من خلال البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين من جميع مضامينها دون ادخار جهد في ذلك " [١].

ولا شك في أن خير وسيلة للتعرف على قصد المتعاقدين الاعتماد على الأفعال التي صدرت منهم ؛ لأ ا تنم عن قصدهم الحقيقي، إلا أنه يجب الاحتراز من أن يكون المتعاقدان أو أحدهما أخطأ في فهم ما حصل أثناء الاتفاق عليه، فتصدر منهما أفعال بناءً على هذا الخطأ، تتنافى مع ما قصداه أثناء وقت التعاقد [٢].

ويستهدي القاضي في تفسير العقد بعوامل من داخل العقد وبعوامل من خارجه، فمن عوامل التفسير الناشئة من داخل العقد على سبيل المثال:- طبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة قائمين على حسن النية بين المتعاقدين، فعلى كل من الإدارة والشخص المتعاقد معها ألا يشعر بأنه ند للآخر، بل أن كلاهما متعاونا مع الآخر في سبيل تحقيق المنفعة العامة كأثر ينتج عن العقد الإداري.

(١) نظرية العقد ، د/ عبد الرزاق السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط٢ ١٩٩٨م ص ٩٣٧ .

(٢) انظر : أصول التعهدات ، د/ محمد صالح ، حقوق ط للمؤلف ، ١٩٩٣،ص ٣٠٥.

ومنها أيضاً احتمال عبارات العقد أكثر من معنى واحد، ففي هذه الحالة تحمل العبارة على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً، ومن ثم تنتفي العبارة التي يمكن أن تحمل على المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد.

"أما عوامل التفسير التي تكون من خارج العقد فمنها ما يرجع إلى العرف الجاري التعامل فيه؛ وذلك لأنه ليس من المعقول ألا يعلم المتعاقدان بذلك العرف؛ لأن القاعدة العامة في هذا الشأن تقتضي بأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وإن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، وذلك ما لم يرد في العقد ما يستبعد تطبيق ذلك العرف"(١).

والملاحظ أن العرف الذي يكون عاملاً من عوامل تفسير العقد غير العرف الذي يكون مصدراً من مصادر القانون، "فالقاضي إذا ما خالف عرف العقد لا يكون حكمه عرضة للنقص، أما العرف كمصدر للقانون فإنه قانون يترتب على مخالفته رفض الحكم" (٢).

ومن العوامل الخارجية العادة، فالعادة محكمة عامة كانت أو خاصة، فالمتعاقدين إذا لم ينصا على أمر من الأمور فالعادة السائدة في التعامل مع موضع العقد تكون هي الواجبة التطبيق (٣) .

---

(١) انظر : العقود الإدارية ، د/ محمود خلف الجبوري ، ص ٢٥٨.

(٢) سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ سيد أحمد محمد جاد الله ، ص ٢٧٣.

(٣) انظر : العقود الإدارية ، د/ محمود الجبوري ، ص٢٥٨.

إذاً في حالة غموض عبارات العقد فإن القاضي يجب عليه حيال ذلك بذل الجهد في الكشف عن إرادة المتعاقدين عن طريق النظر في أفعالهم وبالعوامل الداخلية والخارجية، ويستهدي في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي توافره من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

**موقف الفقه من سلطة القاضي إزاء غموض عبارة العقد :**

يرجع القاضي إلى الاستهداء والكشف عن غموض عبارة العقد بالعرف والعادة التي جرى عليها التعاقد، ومستند ذلك في الفقه الإسلامي هي القواعد الفقهية المشهورة، كقاعدة ((المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)) (١)، وقاعدة ((العادة محكمة )) (٢)، فالعرف هو ما اعتاده جمهور الناس، وألفوه من فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص، بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره(٣).

فعلى القاضي مراعاة العرف والعادة في كل زمان ومكان، يقول ابن فرحون: "لو خرجنا نحن من ذلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عوائد البلد الذي كنا فيه أفتيناهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي كنا فيه، وإذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نفته إلا بعادة بلده، ومن هذا الباب ما روى عن مالك: إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول أن

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم، ٨٦/١.

(٢) انظر :الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧٦، وأصل هذه القاعدة قول ابن مسعود رضي الله عنه: (( ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح )) وهو حديث حسن ، وإن كان موقوفاً عليه فهو في حكم المرفوع لأنه لا مدخل للرأي فيه ، شرح القواعد الفقهية ، أحمد الزرقة ص٢١٩ .

(٣) انظر: أصول الفقه الإسلامي، زكي الدين شعبان ص١١٧، دار التأليف مصر ، ط١، ١٩٦٤م .

القول قول الزوج، مع أن الأصل عدم القبض، قال القاضي إسماعيل: هذه كانت عاد م بالمدينة  أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادة المدينة على خلاف ذلك فالقول قول المرأة مع يمينها لاختلاف العوائد" (١).
إذاً فالقاضي في نطاق تفسير العقد لا بد وأن يرجع إلى أعراف الناس وعادا م، والعادات التي جرت بينهم، ليتسنى له الكشف عن ما أغمضت به عبارة العقد.

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ، ص٦٨/٢، دار الكتب العلمية ط١ .

## المطلب الثالث: حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين:

يفسر الشك في حالة التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين في مصلحة المدين، فالأصل براءة الذمة وأما الالتزام فهو استثناء، فالالتزام يملي شروطاً للدائن لا المدين، فإن كانت الشروط غير واضحة فالخطأ يكون على الدائن، ويجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين (١).

وبعبارة أخرى يقع إثبات الغلط في التعبير عن الإرادة المشتركة على من يدعيه، غير أن هذه القاعدة في التفسير تختلف في عقود الإذعان (٢) حيث يفسر الشك لمصلحة الطرف المدعي دائناً كان أم مديناً، فحينما يتضمن شروطاً تعسفية يجوز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المدعي منها وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة وترضى به، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

وعليه فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعي، ولو كان دائناً، وترتبط فكرة الإذعان لأول وهلة بالعقد

---

(١) انظر : نظرية العقد ، عبد الرزاق السنهوري ، ص ٩٤٧ .

(٢) يعرف القانونيون عقود الإذعان بتعريفات عدة ولعل أقرب التعاريف هو تعريف الدكتور محمد حسين منصور بأنه :"العقد الذي يتم إعداده مسبقاً، حيث يتولى أحد أطرافه تحديد مضمونه بيان الحقوق والالتزامات الناتجة عنه بالطريقة التي تحقق مصلحته، دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشة ذلك المضمون"، النظرية العامة للالتزام ،دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية، ٢٠٠٦م، ص٧٥ ، وقد عرف فقهاء الشريعة المعاصرون عقود الإذعان بتعريفات متقاربة لتعريفات القانونيين، ومن أرجح تلك التعريفات تعريف الدكتور صالح الغليقة، حيث عرفها بأ ا:" العقود التي تبرم بين أفراد طبقتين من الناس، طبقة ضعيفة اقتصادياً، وأخرى قوية اقتصادياً، وفيها لا تستطيع الطبقة الضعيفة أن تناقش شروط العقد، بل هي حرة في قبول العقد برمته أو رفضه برمته" صيغ العقود في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط١ ، ١٤٢٧هـ ، ص ٩٩.

الإداري؛ حيث إن الإدارة في العقد الإداري تعلن شروط التعاقد، وما على المتعاقد إلا قبولها أو رفضها.

كما أن الإدارة بحكم احتكارها لبعض أنواع النشاطات الاقتصادية تكون أشبه بمركز الموجب المحتكر للسلع والخدمات التي تعتبر أساسية للمستهلكين أو المنتفعين غير أن الأمر على خلاف ذلك في الحقيقة، فالإدارة عندما تعلن عن العقد وتوضح شروط المواصفات الفنية فإنما تدعو الراغبين بالتعاقد إلى مناقشة تلك الشروط، وتجري معهم مفاوضات إذا اقتضى الأمر، وقد يقبل الأفراد إبرام العقد، كما يمكنهم ألا يقبلوا إبرامه لمحض إراد م، دون أي ناحية من نواحي الإكراه، سواء النفسية منها أو المادية [1].

وبناءً على ذلك إذا وجد شك في التعرف على إرادة المتعاقدين فإن التفسير يكون لمصلحة الطرف الأضعف وهو المدين، ويؤخذ في الاعتبار في هذه الحالة وفي حالة غموضٍ في عبارات العقد أن يكون على أساس الأخذ باعتبار طبيعة العقود الإدارية والنظام القانوني الذي يحكمها، إذ يجب تفسير الإرادة المشتركة لأطرف العقد طوال فترة تنفيذه استجابة لتغير الظروف [2] .

(١) انظر : العقود الإدارية ، د/ محمود الجبوري ، ص ٢٥٩.

(٢) سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ سيد أحمد جاد الله ، ص ٢٧٥.

**موقف الفقه إزاء سلطة القاضي في حالة الشك للتعرف على إرادة المتعاقدين :**

يرجع القاضي في تفسير الشك لمصلحة المدين، ومستند ذلك في الفقه الإسلامي للقاعدة الفقهية المشهورة"اليقين لا يزول بالشك"[١] وأصل القاعدة مبني على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: ((إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبني على ما استيقن))[٢] ومعنى القاعدة أنه إذا ثبت أمر من الأمور على وجه يقيني، ثم طرأ الشك عليه، فإنه يستمر على اليقين، فالأصل براءة ذمة المدين، وأما الالتزام فهو استثناء، وقد ورد عن الإمام الشافعي قوله:"أن ما ثبت بيقين لا يرفع إلا بيقين"[٣]، ومن تيقن الفعل وشك القليل أو الكثير حمل على القليل ؛ لأنه بيقين، ولا بد في اليقين أن يكون على وجه الجزم بدليل يفيده، أما الشك فهو أن يكون للواقعة المطروحة جملة احتمالات لتعارض الأدلة، ويتفرع على هذه القاعدة أن الأصل براءة الذمة من الديون والالتزامات إلا إذا كان ثبو ا بيقين من دليل أو قرينة، فلو ادعى شخص على آخر بأنه مدين له بألف لم تقبل دعواه إذا خلت من دليل على وجود المديونية.

وينبني على هذه القاعدة أنه إذا كان هناك شك في مديونية المدين استصحب براءة ذمته، وفسر الشك في مصلحته، ويشهد لذلك قول السيوطي:"أنه لا يقبل

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهية ، أحمد الزرقا ، ص ٧٩ ، الاشباه والنظائر للسيوطي،ص ١١٨.

(٢) رواه مسلم ، كتاب الصلاة ، باب السهو والسجود له، رقم ٥٧١، ١/٤٠٠.

(٣) الأشباه والنظائر،للسيوطي ص ١٢٥.

في شغل الذمة، شاهد واحد، ما لم يعضد بآخر، أو بيمين المدعي، وإذا اختلفا في قيمة المتلف حيث تجب قيمته على متلفه، كالمستعير والغاصب فالقول قول الغارم؛ لأن الأصل براءة ذمته مما زاد . ومنها توجيه اليمين للمدعى عليه فَنكل، فلا يقضى بجرد نكوله، لأن الأصل براءة الذمة، بل تعرض على المدعى، وهكذا"[١].

وقد ذكر ابن نجيم قاعدة متفرعة على قاعدة (اليقين لا يزول بالشك)؛ وهي قاعدة: (الأصل براءة الذمة) ويوضح هذه القاعدة ببيان أنه يفرض فيمن يدعى عليه بالدين أنه برئ الذمة، حتى يقيم من يدعي الدين الدليل القاطع على أن دينا في ذمته، وإذا كان هناك شك في مديونية المدين استصحب براءة ذمته، وفسر الشك لصالحه [٢].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٢٦.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٩ .

# المبحث الثاني

## سلطة القاضي في تعديل العقد الإداري

**ويحتوي على ثلاثة مطالب :**

**المطلب الأول:** التعريف بتعديل العقد الإداري .

**المطلب الثاني:** موقف القانون و الشريعة بشأن سلطة القاضي في تعديل العقد .

**المطلب الثالث:** نفوذ القاضي في مرحلة تنفيذ العقد في النـظام والفقه .

## المبحث الثاني: سلطة القاضي من حيث تعديل العقد:

سلطة القاضي في تعديل العقد من الموضوعات المهمة التي ثار حولها جدل ونقاش باعتبار أ ا في رأي معارضيها تعد إفتياتاً على الحرية التعاقدية.

فانقسم فقهاء القانون إزاء هذه السلطة إلى فريقين رئيسين:

أحدهما: ينكرها على القاضي ويوجه إليها سهام النقد، والآخر: يؤيد منح القاضي مثل تلك السلطة، ويطالب ا رعاية للمصلحة وتحقيقاً للعدالة، ولكل حجته وأسانيده[1] .

ولكن هذه السلطة في القوانين الحديثة وبظل التطور والتقدم أصبحت حقيقة واقعة إثر عوامل التطور الاقتصادي والاجتماعي [2].

وكانت نتيجة ذلك أن حرصت التشريعات الحديثة على أن تسند إلى القاضي سلطات على العقد لم يكن ليسمح ا سلطان الإدارة بالمفهوم الذي كان له، وأصبح القاضي يقوم بدور إيجابي في مجال المعاملات، وأصبح يراقب العقد منذ نشأته وحتى انتهائه، فله أن يعدل الالتزامات التي تضمنها العقد في مرحلة تكوينه إذا ما وجد المبرر لذلك؛ كأن يتضمن العقد غبناً أو استغلالاً للآخر، أو شرطاً تعسفياً لا يتفق مع مقتضيات صالح العقد، الذي يجب أن يقوم على أساس من

---

(١) مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، د/ أحمد محمود سعيد ، مطبعة دار النهضة العربية ، القاهرة ط١ ، ١٩٨٨م ص ١٢(بتصرف) .

(٢) انظر : نظرية العقد ، د/ سليمان مرقس ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٦ م ص ٨٥.

العدالة والمساواة وعدم الإكراه بأنواعه، فله في حالة الغبن إبطال العقد أو إزالة الغبن [1].

وتلك هي بعض مظاهر سلطة القاضي العادي في التشريعات الحديثة، وسوف نتناول بيان سلطة القاضي الإداري إزاء تعديل العقد من خلال ثلاثة مطالب، نعرض للتعريف بتعديل العقد في المطلب الأول، ولموقف القانون والفقه من تعديل العقد في الثاني، ونخصص المطلب الثالث لنفوذ القاضي في مرحلة تعديل العقد وفقا لعوارض تنفيذ العقد.

(١) نظرية العقد ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي ،ط١ ١٩٨٤م القاهرة ، ص ٤١.

### المطلب الأول: التعريف بتعديل العقد:

تعريف تعديل العقد لغة:

التعديل لغة: يعني التقويم من ناحية، وقد جاء في مختار الصحاح "تعديل الشيء تقويمه". يقال: "عدل تعديلاً فاعتدل" أي قومه فاستقام، وعدل الحكم تعديلا: أقامه [1]، والكل مثقف (معدل)، ومن معانيه أيضاً تعديل الشهود، بأن يقال أ م عدول [2]والمعنى الأول عموماً أقرب إلى المقصود بالتعديل العقدي.

تعريف تعديل العقد شرعاً :

لم يخرج المعنى الاصطلاحي لتعديل العقد في الشرع عن المعنى اللغوي.

ويمكن تعريف تعديل العقد شرعاً: بأنه هو إقامة العقد بموجب الشروط المتفق عليها والمعتبرة شرعاً وعرفاً وتراضياً ونظاماً إما بحذف أو زيادة أو غير ذلك، لمنع الحيف والظلم وضمان للحقوق.

---

(١) القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب بن سراج الفيروزآبادي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ط١ ٢٠٠٩م ، مادة (ع.د.ل) ص ١٠٠٤/٣.

(٢) مختار الصحاح ، الإمام محمد بن أبي بكر الرازي ، مادة (ع.د.ل) .

تعريف تعديل العقد نظاماً:

يعرف فقهاء القانون تعديل العقد بأنه :" هو إجراء تغيير في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده، إما بحذف أو إضافة أو غير ذلك، بحيث لا يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد أو نقضه" (١).

أو هو بمعنى آخر: إعادة النظر في البنود التي تضمنها العقد، والقيام بالإنقاص منها، أو الزيادة إليها، وينصب التعديل على كم الالتزام أو كيفية تنفيذه، أو إلغاء بند من بنود العقد، أو شرط من شروطه، كما قد ينصب على عنصر الزمن في العقد، وهو الأجل المتفق على تنفيذ الالتزام خلاله، وذلك بمده أو الإنقاص منه، أو وقف تنفيذه بصورة مؤقتة، إلى غير ذلك من الصور التي قد يظهر فيها هذا التعديل، وذلك هو المعنى العام للتعديل العقدي بغض النظر عن مصدره أو نوعه وكذلك نوع العقد الذي ينصب عليه التعديل (٢) .

(١) سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ سيد أحمد جاد الله، ص ٢٨٢.

(٢) انظر: سلطة القاضي في تعديل العقد ، د/ محمد علي الخطيب ، دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٢م ص ٢١.

## المطلب الثاني: موقف فقهاء القانون وفقهاء الشريعة من تعديل العقد:

### موقف النظام من سلطة القاضي في تعديل العقد:

انقسم فقهاء القانون إلى معارض ومؤيد تجاه سلطة القاضي في تعديل العقد:

أولاً: آراء المعارضين لسلطة القاضي في تعديل العقد:

يرى هذا الفريق من أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه يلزم المتعاقدين بنفس الدرجة التي يلزم ا القاضي، باحترام ما ورد فيه دون أي حق له في إعادة النظر في موضوع العقد.

فالقاضي في رأي هؤلاء لا يملك إجراء أي نوع من التعديل في موضوع العقد لأي سبب من الأسباب، ومهما كان سمو الهدف الذي يراد تحقيقه من خلال هذا التعديل، فاحترام التعهدات التعاقدية يعتبر الضمان الأساسي لاستقرار العلاقات التعاقدية (١).

فمهمة القاضي عندهم تنحصر في تطبيقه للقانون دون أن يكون له الحق في مخالفته بدعوى مجافاته للشعور بالعدالة، كذلك الأمر بالنسبة للعقد فما العقد إلا قانون المتعاقدين (٢).

---

(١) انظر : سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، د/ علي عبد العزيز الفحام ، دكتوراه ، عين شمس ، ١٩٧٥م ص ٦٢.

(٢) انظر : أساس الإلتزام العقدي ، د/ عبد الرحمن عياد ، ص ٢٧.

فتدخل القاضي التفسير أو التعديل يؤدي إلى تحكم القضاة والإخلال بالثقة الاجتماعية (١).

ثانياً: آراء المؤيدين لسلطة القاضي في تعديل العقد:

ويمثل هذا الفريق الجانب الأكبر من فقهاء القانون وهو الراجح الذي يؤيد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة ليس في مجال العقد فقط بل في مختلف مناحي القانون.

فيعطى القاضي هذا الرأي دوراً إيجابياً يتيح له التقدير والملائمة، لا كما يرى الفريق الأول من تطبيقه النصوص الجامدة فقط؛ التي لا تمنحه شيئاً من التقدير وهذا يتنافى مع مقتضيات العدالة (٢) .

موقف الفقه الإسلامي من سلطة القاضي في تعديل العقد:

الأصل في الشريعة الإسلامية هو احترام العقود بكل ما اشتملت عليه ، ولكن إذا أدت ظروف العقد أو بعض بنوده في وقت من الأوقات إلى ضرر أو إهـدار للمصلحة العامة فإن الشريعة تمنع وتحول دون ذلك، ولـذا جعلـت للقاضـي وللإدارة حق تعديل العقد؛ درءً للمفسدة، وجلبا للمصلحة، وإزالة للضرر، وهذا معتبر في الشريعة الإسلامية.

(١) انظر : تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، د/ عبد الحكم فوده ،منشأة دار المعارف، مصر،١٩٨٥م ط١، ص ٧١.

(٢) انظر : سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ سيد أحمد جاد الله ، ص ٢٨٩.

وحق تعديل العقد يخضع في الفقه الإسلامي للقاعدة الشرعية العامة القائلة: إنه إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، فإن المصالح العامة تكون أولى بالرعاية والتقديم، ويعبر علماء الأصول عن هذه القاعدة بقولهم: إن الضرر العام يتقى بالضرر الخاص (١) .

ولعل خير الأمثلة في الشريعة على تعديل الدولة للعقد بما يتفق مع مصلحتها العامة الضرورية، ما جاء في عقد الحديبية والصلح المبرم بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وقريش ونصه: ( هذا ما صالح عليه محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم وسهيل بن عمرو، اصطلحا على وضع الحرب عشر سنين، يأمن فيها الناس، ويكف بعضهم عن بعض، على أن من أتى محمداً صلى الله عليه وسلم من قريش بغير إذن وليه رده عليهم، ومن جاء قريشاً ممن مع محمد صلى الله عليه وسلم لم يردوه عليه ..) (٢) إلا أن شرط إعادة من أتى النبي صلى الله عليه وسلم من قريش من النساء لم تتمسك به الدولة الإسلامية، بناء على قول الله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ} [سورة الممتحنة :١٠] قال ابن كثير عند تفسيره للآية: "هاجرت أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط في هجرة، فخرج أخوها عمارة والوليد حتى قدما رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكلماه فيها أن يردها إليهما، فنقض الله العهد بينه -أي رسول الله صلى الله عليه وسلم- وبين المشركين، في النساء خاصة، فمنعه أن يردهن إلى

(١) انظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم ٨٨/١ ، وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ،ص ١٩٧، دار القلم ، دمشق ط٨ ، ٢٠٠٩م.

(٢) رواه مسلم في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب: صلح الحديبية في الحديبية، برقم ١٧٨٤.

المشركين، وأنزل الله آية الامتحان ..ثم قال: وقوله تعالى:{ ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ } [سورة الممتحنة :١٠] أي في الصلح واستثناء النساء منه، والأمر ـذا كله هو حكم الله يحكم به بين خلقه، { وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ = ١٠ } [سورة الممتحنة :١٠] أي عليم بما يصلح عباده، حكيم في ذلك" (١).

ووجه الاستدلال في هذه الصورة عقد النبي صلى الله عليه وسلم باعتباره رئيساً للدولة الإسلامية مع قريش صلحاً سمي صلح الحديبية، واحتوى هذا العقد شرطاً فيه: (أن من جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من قريش دون إذن من وليه فإن الرسول صلى الله عليه وسلم يعيده إليهم) وقد تم الاتفاق على هذا الشرط، وأبرم عقد الصلح بين الدول الإسلامية وقريش على هذا الأساس، إلا أن هذا الشرط بـ ول هذه الآية جرى تعديله من طرف الدولة الإسلامية وحدها، ودون اختيار وإرادة وموافقة قريش على هذا التعديل، ومع أن الأصل الالتزام والوفاء بالعقود، وعدم جواز تعديل أي شرط من شروطه أو إلغائه بإرادة منفردة، بل لابد من اتفاق إرادتي العاقدين على الإلغاء أو التعديل لقوله تعالى :{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ } [سورة المائدة :١]، فهذا التعديل للشرط ليس معروفاً أو مألوفاً في العقود، وفي الاتفاقات التي تكون بين الأطراف .

إلا أن الدولة الإسلامية أجرت هذا التعديل بإراد ـا، بناء على مقتضيات المصلحة العامة المتمثلة في المحافظة على النساء من أتباع الدولة الإسلامية، ومراعاة ما يلحق ـن من مفسدة إن هن عدن إلى كفار قريش، فالمسلمة لا يجوز لها الزواج

(١) تفسير ابن كثير ، ٦٢٩،٦٣٢/٧ .

بغير المسلم[1]، كما إن المرأة ضعيفة تحتاج إلى من يقويها ويعضدها، وهذا لا يكون للمرأة المسلمة إلا إذا كانت بين إخوا ا المسلمين .

إذاً هذا التعديل التشريعي للعقد سببه تغليب مصلحة عامة تتعلق بالنظام العام للدولة .

ويبدو هذا قريب مما هو عليه الحال الآن بالنسبة لحق القاضي في تعديل العقود الإدارية، فإن القضاء الإداري قد جرى بالاعتراف بحق القاضي وسلطته في تعديل العقد ، إذا كان متعلقاً بسير المرفق العام ، وأصبح هذا القضاء في حكم المنصوص عليه .

ويستند هذا الحكم إلى مجموعة من القواعد الفقهية المشهورة ، كقاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) [2] ، مادام أنه لم يخالف نصاً صحيحاً ، وقاعدة (الضرر يزال) [3] ، وقاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام) [4]، ونحو ذلك[5].

فبناء على ذلك فإن حق القاضي في تعديل العقد حق سائغ شرعاً، مادام هذا التعديل متعلقاً بالمصلحة العامة وهذا معتبر في الشريعة الإسلامية .

(١) تفسير ابن كثير ٦٣١/٦.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهية احمد الزرقا ، ص٢٣٧ ،دار القلم ط٨، ١٤٢٩هـ .

(٣)انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص١ / ٨٦ .

(٤) شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا ، ص ١٩٧ .

(٥) انظر: الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي،د/إبراهيم بن صالح التنم،ص٣٦٥ دار ابن الجوزي، ط١ ، ١٤٣٠هـ .

**المطلب الثالث: نفوذ القاضي في مرحلة تعديل العقد وتنفيذه:**

بعد أن ينتهي القاضي من تفسير العقد وذلك في الأحوال التي تثور فيها منازعة متعلقة ذا التفسير فإنه ينتقل إلى تحديد نطاق الالتزامات المتولدة عن هذا العقد، فيقوم القاضي بأعمال سلطته التقديرية دف اكتشاف ما يحتويه العرف من عناصر مكملة لإدارة المتعاقدين دف استكمال نطاق العقد وتحديد هذا النطاق.

ويستخدم القاضي سلطته التقديرية في نطاق الشروط المألوفة في التعاقد دف تحديد نطاق العقد، وتزداد سلطته التقديرية سعة حينما يلجأ إلى قواعد العدالة لتحديد نطاق العقد، وعلى ذلك فالقاضي في قيامه بتحديد نطاق العقد عند البدء في تنفيذ العقد فإنه يستعمل سلطته التقديرية لتحديد هذا النطاق.

والواقع أنه من الممكن ألا تمر حياة العقد على نحو من الهدوء والاستقرار، حيث قد تقع بعض التغيرات والتعديلات أثناء سريان تنفيذ العقد مما يثير كيفية مواجهتها ومدى سلطة القاضي في تعديلها (١).

ونريد الآن دراسة فكرة السلطة التقديرية التي يتمتع ا القاضي إزاء هذه التغيرات والحوادث الخارجة عن إرادة المتعاقد لبيان سلطة القاضي في تعديل العقد وذلك من خلال الفروع التالية :

---

(١) انظر : سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ سيد أحمد جاد الله ، ص ٣٧١ .

## الفرع الأول: فكرة التوازن المالي للعقد:

إن المتعاقد مع الجهة الإدارية قد يتعرض إبان تنفيذ العقد الإداري لتدخل الجهة الإدارية، التي تتمتع في حدود معينة بزيادة التزامات أو الإنقاص منها، فإنه أيضاً من الضروري إسباغ صفة المرونة ذا ا على حقوق المتعاقد المستمدة أيضاً من العقد إزاء الرابطة العميقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه.

فالمتعاقد إذ يوافق على أن يلتزم، فإن موافقته هذه تستهدف تعويله على الحصول على حقوق مقابلة لالتزامه، ومادامت التزامات المتعاقد مع الجهة الإدارية قابلة والحال هذه الزيادة أو النقصان، فيتعين من هنا خضوع الحقوق المقابلة لها بدورها للزيادة أو النقص، وهذا ما جرى ترجمته في القضاء الإداري الفرنسي بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري (١).

ويستدعي الانتباه إلى أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري إنما هي فكرة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحق الإدارة في تعديل حقوقها وملازمة لها، وحق الإدارة في التعديل مرتبط بتحقيق الصالح العام (٢).

ويخضع التعديل من قبل الإدارة لعدة ضوابط استقر الفقه والقضاء الإداري على تحديدها؛ وهي حق الإدارة في تعديل العقد بالزيادة أو النقصان في كمية الأعمال المتعاقد عليها، والحدود المقررة أو تحديد مدة العقد عند تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد الإداري بعد إبرامه لمواجهة الاحتياجات الجديدة للمرفق

---

(١) سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ السيد أحمد جاد الله ، ص ٣٧٥، (بتصرف) .

(٢) الوسيط في القانون الإداري ، رمضان محمد بطيخ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤م ، ص ٨١٩ ( بتصرف) .

العام، بأن تجري الجهة الإدارية تعديلاً على شروط التنفيذ المتفق عليها أو مدته، [١]"ويجب أن يقتصر التعديل على الشروط الخاصة بسير المرافق العام دون غيرها" [٢]"وعلى الجهة الإدارية عندما تقوم بتعديل العقد مراعاة حقوق المتعاقد معها بعدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وأن يكون التعديل ضمن الحدود والصلاحيات المقررة، وأن ترعى في التعديل قواعد المشروعية من حيث الشكل والمضمون والاختصاص وهدف المصلحة العامة، وغني عن البيان أن هذا التعديل يرتب حقاً للمتعاقد بتعويضه عن كافة الأعباء المالية الجديدة التي تترتب عليه، فإذا كان اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام هو الذي برر الإدارة أن تفي بالتزامات المتعاقد معها، فإن ذلك أيضاً هو الذي يبرر ضرورة وجود التوازن المالي بين التزامات المتعاقد وحقوقه؛ حتى يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد" [٣]

والقضاء الإداري حينما تبنى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، أسسها على مبدأ العدالة، والمصلحة العامة، مقرراً حق المتعاقد مع الإدارة في تعويض عادل مقابل ما سببه حق الإدارة في تعديل العقد من التزامات على المتعاقد، وأعباء مالية لم تكن واردة ضمن شروط العقد، بذلك يتم الحفاظ على توازن العقد بأن يكون للمتعاقد حقه الذي قدره عند التعاقد من ربح مجز مقابل التزاماته المتفق عليها،

(١) انظر: فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية ، د/ علي بن عبد الكريم السويلم ، مكتبة الرشد ، ط١ ، ٢٠٠٨ م ، ص ٥٣.

(٢) القانون الإداري ، د/ خالد الظاهر ، دار المسيرة للنشر ، ١٩٩٧م ، ط١ ، ص ٢٦٠.

(٣) الوجيز في العقود الإدارية ، د/ جابر جاد نصار ،دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠٠٠م . ص ٢٣٨ .

وبالتالي تتحقق مصلحة طرفي العقد، ومن ثم تأمين سير المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة [1] .

وقد اختلف فقهاء القانون الإداري في تحديد مفهوم نظرية التوازن المالي للعقد الإداري إلى اتجاهين مختلفين:-

الاتجاه الأول: وهو أن تكون فكرة التوازن المالي للعقد الإداري نظرية تتسم بالشمول والعمومية، على نحو من شأنه التزام الإدارة بضمان التوزان المالي للعقد في كل حالة يختل فيها توازن العقد، سواءً أكان ذلك راجعاً إلى فعل الإدارة أم كان راجعاً لأمر خارج عن إراد ا. وقد كان على رأس هذا الاتجاه هو الفقيه الفرنسي (دي سوتو) [2].

الاتجاه الثاني: ويمثل هذا الاتجاه الدكتور ثروت بدوى، حيث ذهب إلى أنه يتعين التخلص من فكرة التوازن المالي للعقد، بمراعاة خطورة هذه الفكرة من ناحية، وعدم صحتها من ناحية أخرى، أما عن خطور ا: فراجع إلى طابع العمومية الذي أراد بعض أنصار الاتجاه الأول إسباغه على فكرة التوازن المالي للعقد ومحاولتهم رد كل تعويض يستحقه المتعاقد مع الإدارة حتى ولو كان اختلال التوازن المالي بغير فعل الإدارة، رغم أن فكرة التوازن المالي تقتصر على تبرير التعويض حينما يكون اختلال التوازن المالي منبت الصلة بفعل الإدارة.

(١) انظر : فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ، د/ علي السويلم ، ص ٥٦ .

(٢) انظر : فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ، د/ علي السويلم ، ص ٥٧ .

وأما عن عدم صحتها: فيرتد إلى الكيفية التي يجري على أساسها تطبيق تلك الفكرة (التوزان المالي للعقد)، وذلك أن التعويض الذي يقضي به للمتعاقد مع الإدارة نتيجة لإخلال الجهة الإدارية المتعاقدة باقتصاديات العقد، لا يتطابق في سائر الأوقات مع التوازن المالي للعقد حسبما روعي وقت التعاقد.

وأياً كان الأمر فكل ما وجه الدكتور ثروت بدوى لأنصار الاتجاه الأول من نقد فإنه لم ينكر إمكان الاستعانة بفكرة التوازن المالي للعقد في بعض الفروض، كتفسير لتعويض المتعاقد في الإدارة (١) .

والراجح هو ما ذهب إليه الدكتور سليمان الطماوي إلى أن كلا الاتجاهين معيب؛ إذ يرى أن فكرة التوازن المالي لا تكفي منفردة في كل الحالات لتبرير التعويض التي يحكم فيها القضاء الإداري بتعويض خطأ من جانب الإدارة، وفي الوقت ذاته فإن فكرة التوازن المالي المعقد تتضمن حقيقة غير مذكورة لا يمكن تجاهلها، فمرونة التزامات المتعاقد تستلزم مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، ومن هذا يكون من الطبيعي تناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادةً ونقصاناً، على الأقل مادامت هذه الزيادة أو النقصان بفعل الإدارة (٢).

(١) انظر : سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ السيد أحمد جاد الله ، ص ٣٧٤ .

(٢) العقود الإدارية ، د/ سليمان الطماوي ، ط٥ ، ١٩٩١م ، ص ٦١٣.

## الفرع الثاني : سلطة القاضي بشأن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف المتوقعة .

تحرص العقود الإدارية عادة على تضمين بنودها شروطاً تجيز إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد، وذلك على ضوء التغير المتوقع في الظروف الاقتصادية التي قد تطرأ خلال المدة المحددة لتنفيذ العقد، ويترتب عليها اختلال في التوازن المالي له، حيث يكون من شأن تطبيق هذه الشروط إعادة التوازن المالي للعقد الإداري لحالته الأولى التي كان عليها لحظة إبرامه.

هذا وقد يتدخل المنظم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف الاقتصادية المتوقعة، حيث يؤكد في بعض الأحوال على تقرير مبدأ إعادة النظر بصفة دورية في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد، مع ترك ضوابط تطبيقه للظروف الخاصة بكل عقد على حده، وفي أحوال أخرى قد يتدخل المنظم بصورة مباشرة حيث يضع الضوابط الخاصة بإعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد على نحو يقيد من حرية المتعاقدين في هذا الصدد. (١)

وتتمثل سلطة القاضي في هذه الحالة بتطبيق الإجراءات التشريعية الخاصة في مجال الشروط التعاقدية المتصلة بإعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد في ضل الظروف الاقتصادية المتوقعة .

(١) انظر : سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ السيد أحمد جاد الله ، ص ٣٨٠ .

## الفرع الثالث : سلطة القاضي بشأن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف غير المتوقعة .

وقد تطرأ بعد إبرام العقد الإداري وفي أثناء تنفيذه ظروف غير متوقعة يكـون من شأ ا التأثير في اقتصاديات العقد وتكاليف وتبعات تنفيذه على نحو يختل معه التوازن المالي للعقد الإداري لحالته الأولى التي كان عليها لحظة إبرام العقـد؛ لأن المستقبل مجهول بالنسبة للطرفين.

من أجل ذلك استقر الفقه والقضاء على إقرار نظريات ثلاث أساسية لمواجهـة الظروف غير المتوقعة التي يترتب عليها اختلال التوازن المالي في العقـد الإداري، وهي ما تسمى بـ: فعل الأمير، والظروف الطارئة، والصعوبات الماديـة غـير المتوقعة.

وأثناء تعدد الظروف غير المتوقعة التي تؤديه كل نظرية من النظريات السابقة في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري يختلف باختلاف طبيعة الظرف غير المتوقع، فإذا كان هذا الظرف ناشئاً عن فعل الإدارة، فإن المتعاقد على تعويض كامل وفقاً لنظرية فعل الأمير، أما إذا كان الظرف غير المتوقع من طبيعة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية ولم يكن لجهة الإدارة المتعاقدة دخلاً في حدوثه فينبغي على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد في تحمل جانب من الخسارة التي لحقت به، وذلك بتعويضه جزئياً استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة.

وأخيراً فإن كان الظرف غير المتوقع متمثلاً في صعوبات مادية اعترضت تنفيذ العقد الإداري فجعلته مرهقاً، فإن المتعاقد مع الإدارة يحصل على تعويض كامل وذلك وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة [1].

**مضمون نظرية فعل الأمير:**

"تعني نظرية عمل الأمير: صدور أمرٍ أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة أثناء تنفيذ عقد إداري وبدون خطأ من جانبها، ويترتب عليه ضرر على المتعاقد مع الإدارة، يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري ويستوجب تعويضه"[2].

و ذا التعريف أخذت محكمة القضاء الإداري بمصر؛ حيث قررت أن المقصود بنظرية فعل الأمير: "هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة (المخاطر الإدارية).

---

(١) انظر: فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، د/ علي السويلم، ص ٦٣ وما بعدها، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ السيد أحمد جاد الله ، ص ٣٨٤.

(٢) آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، د/ عادل عبد الرحمن خليل، دار الثقافة الجامعية، ط١، ١٩٩٧م ص٢٥٣.

وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة"[1].

وفيما يتصل بمجال تطبيق نظرية فعل الأمير، فإنه يتمثل أساساً في الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة المتعاقدة في مجال تعديل شروط العقد الإداري.

فالإدارة تملك سلطة تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة وفقاً لضوابط معينة، فتتناول التزامات المتعاقد معها بالنقص أو بالزيادة، أو تعديل في نظام المرفق، أو بتعديل في قائمة الأسعار المحددة في عقد الامتياز.

وفي المقابل ينبغي على الإدارة حفاظاً على التوازن المالي للعقد الإداري تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عما تسببه سلطة التعديل من أضرار في هذا الصدد.

وإذا كانت سلطة التعديل المباشر للعقد الإداري من جانب الإدارة تمثل المجال الطبيعي والواضح لتطبيق نظرية فعل الأمير، فإن تدخل جهة الإدارة المتعاقدة بصورة غير مباشرة تؤثر في ظروف تنفيذ العقد هو أمر متصور دائماً؛ ومن أمثلته الإجراءات التي تتخذها سلطة الضبط الإداري لصيانة النظام العام، كالإلغاء لترخيص شغل طريق، أو منع استخدام الأجانب في المصانع، إلى غير ذلك [2].

---

(١) في حكمها بتاريخ ٣٠يونية ١٩٧٥م. المشار إليه في كتاب سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ السيد جاد الله ص ٣٨٥.

(٢) انظر: المرجع السابق، ص ٣٨٦.

وانطلاقاً من التعريف السابق لنظرية فعل الأمير، يمكن حصر الشروط الأساسـية لتطبيقها في الأمور التالية:

١- يجب أن يكون بصدد عقد من العقود الإدارية:

فنظرية فعل الأمير هي الأفكار التي لا مقابل لها في القانون غير الإداري؛ ولهذا فلا محل لتطبيق النظرية إلا بصدد منازعة تتصل بعقد إداري [1].

٢- يجب أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة، فالتصرف الصادر من غير جهة الإدارة المتعاقدة، قد يكون محلاً لتطبيق نظرية أخرى غير فعل الأمـير وهي نظرية الظروف الطارئة.

٣- يجب أن يترتب على تصرف جهة الإدارة ضرر خاص للمتعاقد، يختل معه التوازن المالي للعقد الإداري. ولا يشترط في هذا الصدد أن يكون على درجة معينة من الجسامة، فقد يكون جسيماً أو يسيراً، وقد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعاقد، وقد يكون مجرد نقص في الربح الذي عول عليه عند إبرام العقد [2].

٤- تفترض نظرية فعل الأمير أن جهة الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين صدر عنها الفعل الضار، ذلك أن التزام الإدارة بمقتضى العقد لا يمكن أن يقيـد تصـرفا ا كسلطة عامة تستهدف تحقيق الصالح العام، في حدود سلطتها المشروعة، وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد، فإن الإدارة تسأل في نطاق نظرية فعل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ من جانبها.

(١) انظر: سلطة القاضي إزاء العقد الإداري،د/سيد أحمد جاد الله ، ص٣٨٦.

(٢) المرجع السابق، ص ٣٨٧.

ذلك أن المسئولية في نطاق تلك النظرية وإن كانت مسئولية عقدية إلا أنها مسئولية عقدية بلا خطأ [1].

٥- يجب أن يكون الإجراء الصادر من جهة الإدارة غير متوقع، وهنا يمكن التساؤل: كيف يتوفر عدم التوقع مع الاعتراف للإدارة بسلطة التعديل المنفردة لالتزامات المتعاقد معها على نحو يعلم معه المتعاقد سلفاً بإمكانية استخدام تلك السلطة في أي وقت ؟

يتجه الرأي الراجح في هذا المقام إلى أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل؛ لأن هذا الحق متوقع دائماً، ويفترض علم المتعاقدين به، وينصرف إلى حدود التعديل ومداه، فإذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل وحدوده استبعدت نظرية فعل الأمير أما إذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق فإن النظرية تطبق [2] .

٦- فلما كان الهدف من نظرية فعل الأمير هو تمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري دون ما ضرر يلحقه، فإن الأعباء الناشئة عن فعل الأمير، يجب ألا تتجاوز حدوداً معينة، بمعنى أنه يجب ألا تؤدي تلك الأعباء إلى خلق ظروف جديدة في العقد من شأنها أن يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد، كأن تحدث تلك الظروف تغييراً في موضوع العقد، أو محله، أو تؤدي إلى تجاوز في الإمكانات الفنية أو المالية أو الاقتصادية للمتعاقد، حينئذ قد لا يكفي المتعاقد

---

(١) انظر: أثر تغير الظروف على العقد الإداري وإعادة التوازن المالي للعقد، د/ أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مكتبة الرشد، ط١، ٢٠٠٤م، ص ٢٩-٣٠.

(٢) المرجع السابق،ص ٣٨٨.

المطالبة بالتعويض، وإنما يكون له الحق في طلب فسخ العقد وإ اء الرابطة التعاقدية [1].

وقد أخذ ذه النظرية في النظام الإداري والقضاء الإداري السعودي مثلا بأحكام ديوان المظالم سابقاً؛

ومن تطبيقات هذه النظرية على العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية نجد أن المادة (٢٧) من نظام المناقصات والمزايدات السابق الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦/وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤هـ تنص على الآتي:

"تقدم العطاءات عند توريد الأصناف على أساس التعرفة الجمركية وغيرها من أنواع الرسوم والضرائب المعمول ا وقت تقديم العطاء، فإذا حصل تغير في التعرفة الجمركية أو الرسوم الأخرى في المدة المحددة، فيسوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت المتعهد أنه سدد الرسوم عن الأصناف الواردة على أساس المعدلة بالزيادة، أما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المتعهد أنه سدد الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل، وإذا تأخر التوريد عن المواعيد المحددة في العقد وكان تعديل الرسوم قد تم بعد هذه المواعيد، فإن المتعهد يتحمل بالنسبة للكميات التي تأخر في توريدها كل زيادة في الرسوم المشار إليها ، وأما النقص فتخصم قيمته من العقد"

كما أننا نجد أن قرار مجلس الوزراء رقم ١٥٠ الصادر في ١٣٨٨/٢/١٨هـ قد قرر تعويض شركة ... عن الأضرار التي لحقت ا من جراء ارتفاع أجور

(١) انظر: سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ السيد أحمد جاد الله ، ص ٣٨٧وما بعدها.

الأيدي العاملة عما كانت عليه حين إبرام العقد معها، على أثر صـدور الأمـر بترحيل بعض العمال، حيث نتج عنه نقص في الأيدي العاملة.

وقد درج ديوان المظالم السعودي على الأخذ بهذه النظرية وفقاً للمبدأ القائل: إن السلطة الإدارية تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقص، كلمـا اقتضـت حاجة المرفق هذا التعديل من أجل المصلحة العامة، فقد جاء في قرار ديوان المظالم في القضية رقم ٤٢٢/ق لعام ١٣٩٦هـ ما يلي:

" إن تعديل شروط العقد هو أحد السلطات المخولة لجهة الإدارة إزاء العقد الإداري، وليس للمتعاقد معها إزاء هذا التعديل سوى حق المطالبة بالتعويض، فلا يسوغ له أن يدفع بعدم تنفيذ التزاماته بسبب هذا التعديل مهما ترتب عليه من إطالة مدة التنفيذ، طالما كان في مكنته الاستمرار في العمل بعد إجراء التعديلات والإضافة المطلوبة، وحسبه في هذا الشأن إنه سينال التعويض العادل لجبر ما يكون قد لحقه من ضرر" (١).

(١) قرار ديوان المظالم السعودي رقم ٢٨/ت لعام ١٤٠٠هـ وانظر قرار لجنة تدقيق القضايا بالديوان رقم ١٦/ت عام ١٣٩٩هـ في القضية رقم ١١٢/ق عام ١٣٩٧هـ المشار إليه في كتاب: أثر تغير الظروف على العقد الإداري وإعادة التوازن المالي للعقد، د/ أحمد السعيدان، ص ٣٦.

موقف الفقه الإسلامي من مضمون نظرية عمل الأمير:

يرجع أساس ومضمون تلك النظرية في الفقه الإسلامي إلى القاعدة الفقهية المشهورة (لا ضرر ولا ضرار) (١) وأصلها قوله صلى الله عليه وسلم (( لا ضرر ولا ضرار )) (٢) وهي قاعدة تحقق التوازن بين ما ينتج عن قيام المتعاقد بالتزاماته وتأثير الظروف أو الصعوبات التي لا يد له فيها على حقوقه التعاقدية.

مضمون نظرية الظروف الطارئة :

نظرية الظروف الطارئة تتمثل في الظروف والحوادث غير المتوقعة عند إبرام العقد، و التي تؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة، أو بمعنى آخر: هي الظروف التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، و إلى خسارة المتعاقد خسارة غير محتملة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة (٣).

وقد ورد تعريف هذه النظرية في حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر "أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري، أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقبلت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ٨٦/١.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، في كتاب الأقضية:باب القضاء في المرفق٤٦٧/٢، رقم ٢٨٩٥، مؤسسة الرسالة ط١، ١٤١٦هـ، ابن ماجه، رقم٢٣٤٠، دار المعارف ط١. والحديث صححه الألباني في سلسة الأحاديث الصحيحة، ٤٩٨/٢، رقم ٢٥٠، مكتبة المعارف ط١، ١٤١٥هـ.

(٣) انظر: سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ السيد أحمد جاد الله، ص ٣٨٨ .

الأحداث أ ا لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل أثقل عبئاً، أو أكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تتجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها بتعويضه عنها تعويضاً جزئياً وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما عند إبرام العقد ... " (١) .

تعريف النظرية في أحكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية:

ورد تعريف هذه النظرية في قرار ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية في القضية رقم ١/٥٩/ق لعام ١٣٩٩هـ (أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصـادية، وألحقـت بالمتعاقد خسارة جسيمة تجاوز الخسارة العادية المألوفة، فإن من حق المتعاقـد أن يطلب من جهة الإدارة المتعاقدة معه مشاركته في هذه الخسارة فتعوضـه عنـها تعويضاً جزئياً).

وفيما يتعلق بالفرق بين هذه النظرية ونظرية القوة القاهرة جاء في القرار المشـار إليه:

"إن الظرف الطارئ لا يحرر التعاقد من التزامه؛ لأن هذا الالتزام إذا أصبح مرهقاً نتيجة للظرف الطارئ فإنه مازال ممكناً وإن كان أثقل عبئاً وأكثر كلفة، وهذا

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، د/ سليمان الطماوي، ط٤، ١٩٨٤م، ص ٦٠٧. أثر تغير الظروف على العقد الإداري، د/ أحمد السعيدان، ص ٤٢.

هو الفرق بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة التي يترتب عليها إعفاء المدين من التزاماته؛ لاستحالة تنفيذه استحالة مطلقة بسبب القوة القاهرة [(1)]".

والقاضي يتولى تقدير مدى الإرهاق الذي يحيط بتنفيذ الالتزام، فنظرية الحوادث الطارئة يجب أن يكون من شأ ا أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً، فبذلك هو الذي يقوم بتقدير ذلك، وهو الذي يقوم أيضا بتحديد الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فهما إذا كانا يشتركان في أن كلاً منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، إلا أ ما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب.

وقد عبر الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن المقصود بالإرهاق بقوله: "الإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن، ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظرف، فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى، والمهم أن تنفيذ الالتزام بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، فإن التعامل مكسب وخسارة" [(2)].

---

(1) قرار ديوان المظالم السعودي رقم ٢/د/م/لعام ١٤٠١هـ، المشار إليه في كتاب: أثر تغير الظروف على العقد الإداري، د/ أحمد السعيدان ، ص ٤٤.

(2) الوسيط في شرح القانون المدني، د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، ٦٤٥/١، ط١، ١٩٥٢ - سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ السيد أحمد جاد الله، ص ٣٩٢.

ويرى الدكتور سليمان الطماوي" أنه يتعين أن يكون من شأنه هذا الظرف أن يؤدي إلى إلحاق خسائر بالمتعاقد من شأ ا أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فلا يكفي في هذا الصدد أن يفقد المتعاقد كلها أو بعضها، بل ولا يعتبر الشرط متحققاً إذا حاق بالمتعاقد ضرر فعلي إذا كان الضرر معقولاً"(١).

وهناك بعض الضوابط والاعتبارات التي يجب على القاضي أن يراعيها عند تقديره لمدى إرهاق المتعاقد مع الإدارة.

وتتمثل تلك الضوابط فيما يلي:

أولاً: لا يجب عند تقدير توافر الإرهاق من عدمه النظر إلى شخص المتعاقد وظروفه الخاصة (٢).

ثانياً: يجب عند تقدير توافر شرط الإرهاق من عدمه الاعتداد بمعيار موضوعي مجرد يتعلق بالصفقة ذا ا، فإذا صدر قانون يعوض المتعاقد عن الخسارة التي لحقته من جراء الحادث الطارئ فيجب أن يكون التعويض الذي يحصل عليه محل اعتبار عند تقدير شرط الإرهاق (٣).

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية، د/ سليمان الطماوي، ص ٦٨٠.

(٢) انظر: الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، د/محمد السناري، ص٢٥٥، دار النهضة العربية، مصر، ط١.

(٣) انظر: سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ سيد أحمد جاد الله، ص ٣٩٣.

ثالثاً: يجب أن يوضع في الاعتبار عند تقدير شرط الإرهاق المبالغ المالية والتيسيرات، التي يحصل عليها المتعاقد بناء على شروط العقد عند مواجهة ظرف غير متوقع [1] .

رابعاً: أن يوضع في الاعتبار المبالغ التي يحصل عليها المتعاقد، بناء على شروط مراجعة أسعار التعاقد أياً كان تاريخ حصوله عليها [2] .

خامساً: يجب أن يوضع في الاعتبار عند تقدير شرط الإرهاق جميـع العناصـر المؤثرة في العقد؛ ومنها كامل قيمة العقد ومدته.

سادساً: إذا كان المتعاقد يمارس أوجهاً مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحــد، فيجب عند تقدير الإرهاق الذي يتعرض له المتعاقد، أن يوضع في الاعتبار نتيجة جميع الأعمال المنصوص عليها في العقد.

سابعاً: إذا أبرم المتعاقد عدة عقود، فإن تقدير الإرهاق يقدر بالنسبة لكل عقد على حده، حتى لو تشا بت أو تماثلت موضوعات هذه العقود [3] .

ثامناً: لا يوضع في الاعتبار عند تقدير شرط الإرهاق الأرباح التي يكون المتعاقد قد حققها في المدة السابقة على حدوث الظرف الطارئ، ولا يوضع في الاعتبار

---

(١) الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية ، د/ محمد السناري ، دار النهضة العربية ، ط١ ، بدون سنة النشر ، ص ٢٥٥ (بتصرف).

(٢) المرجع السابق، ص ٣٩٣ .

(٣) المرجع السابق، ص ٣٩٤.

كذلك الأرباح الاحتمالية التي يمكن للمتعاقد أن يحققها في المستقبل بعد انتهاء الظرف الطارئ [1].

ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها، إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة قيام الظروف الطارئة، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري وحرصاً على دوام سير المرفق العام الذي يخدمه.

وفيما يتصل بدور القاضي، فإنه يقتصر في هذا الشأن على الحكم بالتعويض المناسب، دون أن يكون له سلطة تعديل الالتزامات التعاقدية [2].

ويمكن حصر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في ثلاثة شروط أساسية:

الشرط الأول: ويتعلق بطبيعة الظرف الطارئ:

لابد أن تتسم الظروف أو الحوادث التي يواجهها المتعاقد مع الإدارة بطابع الحدث غير العادي أو الطابع الاستثنائي غير المتوقع.

ويمكن تعريف شرط الطوارئ: بأنه ذلك الشرط الذي بمقتضاه يكون لأطراف العقد حال تغير الظروف التي واكبت إبرامه تغيراً يخل بالتوازن المالي الذي رسمه

(١) المرجع السابق، ص ٣٩٤.

(٢) انظر: سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ السيد أحمد جاد الله، ص ٣٩٣ وما بعدها.

له أطرافه، ويجعل تنفيذ أحدهما أو كليهما لالتزاماته مرهقاً وعدم ملائمة العقد مع الظروف الجديدة (١) .

الشرط الثاني: ويتمثل في ضرورة استقلال الظروف الطارئة عن إرادة المتعاقدين:

"فيشترط في الظرف أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد، بمعنى أن إرادته بوجود هذا الظرف الطارئ تكون معدومة، أما إذا كان هذا الظرف الطارئ من عمل المتعاقد عن عمده وإهمال، أو نتيجة لتقصير منه لعدم بذل الجهد المطلوب لتلافي وقوعه، فإن المتعاقد في هذه الحالة لا يحق له المطالبة بالتعويض بل يتحمل وحده نتيجة عمله أو تقصيره، وأما إذا كان المتعاقد قد تسبب في إيجاد الظرف الطارئ جزئياً، أو ساهم بخطئه في زيادة أعبائه، فإن القاضي في هذه الحالة يراعي ذلك في تقدير التعويض، وإذا كان حدوث الظرف يعود لإجراء صادر من قبل السلطة الإدارية المتعاقدة نتيجة لخطأ منها أو بفعلها ولحق المتعاقد معها ضرر من وراء ذلك فإ ا ملزمة بدفع تعويض للمتعاقد يستند إما إلى الخطأ أو إلى فعل الأمير"(٢).

الشرط الثالث: ويتمثل في أثر الظرف الطارئ على اقتصاديات العقد الإداري:

فيشترط لاستحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة أن يلحقه ضرر على قدر كبير من الجسامة، وذلك بخلاف الحال في نطاق نظريـة أفعال الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة حيث يستحق المتعاقـد مـع الإدارة تعويضاً عن الأضرار التي لحقته بصرف النظر عن مدى جسامتها.

---

(١) انظر: المرجع السابق، ص ٣٩٥.

(٢) أثر تغير الظروف على العقد الإداري ، د/ أحمد السعيدان ، ص ٥٣ .

وفي تحديدها لمعنى جسامة الخسارة كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة قالت محكمة القضاء الإداري بمصر" إن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة لما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً، بأن تكون الخسارة الناشئة عنه، والتي تلحق المتعاقدين فادحة واستثنائية، تجاوز الخسارة العادية، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما، أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في المجموعة، أو انحصر كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون ثمة مجال لأعمال أحكام هذه النظرية" (١) .

شروط تطبيق النظرية طبقاً لأحكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية:

"أوضح ديوان المظالم في المملكة العربية الشروط التي يجب توافرها لوجود هذه النظرية وبالتالي لاستحقاق المتعاقد للتعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد نتيجة لتحقق الظرف الطارئ في قراره في القضية رقم ١٢٩/ق لعام ١٣٩٨هـ على النحو الآتي:

أولاً: أن يكون الحادث أو الظرف أجنبياً عن المتعاقدين أي مستقلاً عن إرادتهما.

ثانياً: أن يكون الظرف غير متوقع ولم يكن في حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند إبرام العقد، أي لم يكن في الإمكان توقعه ويقتضي هذا الشرط البحث عن عناصر ثلاثة:

---

(١) في حكمها الصادر في ١٩/يونيو/١٩٦٠م س ١٤، المشار إليه في كتاب: سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ السيد أحمد جاد الله، ص ٣٩٧.

١- طبيعة الحادث أو الظرف نفسه: كأن يكون مثلا من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية.

٢- أهمية الحادث أو الظرف الاستثنائي: لأن التعويض لا يسـتحق إلا إذا جاوز ارتفاع الأجور أو الأثمان الحد المعقول الذي يطيقه المتعاقد أو ما لا يستطيع مواجهته، وتترتب عليه أعباء إضافية لا يستطيع احتمالها.

٣- عنصر الزمن: تحديد الوقت الذي أبرم فيه العقد للتحقق مما إذا كـان المتعاقدان يتوقعان في هذا التاريخ أنه ستنقلب اقتصاديات العقد أم لا.

ثالثا: إن التعويض لا يستحق إلا إذا انقلبت اقتصاديات العقد بمعنى أنه يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ، وهذا التعويض الذي يدفع لا يشمل الخسارة كلها، ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد، فلا يجوز للمتعاقد أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه نقصت، أو لفوات كسب، ويجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة في العقد، ويدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته، فيعتبر العقد في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعه لا ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي تتألف منها إذ قد يكون بعض العناصر مجزيا ويعوض عن العناصر التي تستتبع الخسارة، ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا من المستخلصات النهائية وعند عمل الحساب الختامي بعد إنجاز الأعمال "[١].

(١) قرار ديوان المظالم رقم ١/ت عام ١٤٠٠هـ، مشار إليه في كتاب: أثر تغير الظروف على العقد الإداري، د/ أحمد السعيدان، ص ٥٧.

تطبيق النظرية في النظام الإداري وأحكام ديوان المظـالم في المملكـة العربيـة السعودية سابقاً:

"فقد جاء في خطاب وكيل وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ٢/١٢/٥١٨٠

وتاريخ ١٣٨٧/٤/٢٩هـ أنه إذا ما لحق المتعاقد"نتيجة الظروف الطارئة خسارة كما حدد ا هذه النظرية فإنه يمكن لوزارة المالية والاقتصاد الـوطني بموجـب المادة٨٥، والمادة ٩٥ من نظام المناقصات والمزايدات النظر في الموضوع " هـذا وقد أصدر ديوان المظالم قراره في القضية رقم ٥٨٨/ق لعام ١٣٩٨هـ القاضي بما يلي:

"طبقا لنص المادة (٨٥) من نظام المناقصات والمزايدات الواجب التطبيق على هذه الحالة فإن المقاول يعفى من غرامة التأخير إذا ثبت أن التأخير نشأ عن حادث قهري، لا دخل لإرادة المقاول فيه، والثابت بالأوراق أن مدة التأخير نشأت عن حادث قهري لا دخل لإرادة المقول فيه، وهو أمر إمارة حائل بإسكان الأهالي بمبنى المشروع وما ترتب عليه من شغل المبنى م مدة ١٨ يوما، وباقي مدة التأخير وهي ١٧ يوما، تعتبر مدة معقولة لإصلاح التلفيات التي حدثت بالمبنى، ولذلك فإن حسم الوزارة لغرامة التأخير على المقاول لا يتفق وأحكام النظام، ويتعين على الوزارة أن ترد إلى المقاول غرامة التأخير [1].

هذا وقد نصت المادة ٩ الفقرة (أ) من نظام تأمين مشتريات الحكومة الســعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ بتاريخ ١٣٩٤/٤/٧هـ على عدم خضـوع

(١) قرار ديون المظالم رقم ٣٣/ ت عام ١٤٠٠هـ المرجع السابق ٦٢ .

المتعاقد مع الحكومة السعودية لغرامة التأخير إذا كان ناتجا عن قـوة قـاهرة أو حادث طارئ أو بسبب لا دخل لإرادة المتعاقد مع الحكومة فيه.

وقد جاء في قرار الدائرة الثانية بديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية في القضية رقم ١٢/ق لعام ١٣٩٨هـ ما يلي:

(إعفاء المقاول من غرامة التأخير الموقعة عليه في عملية حماية بلده عروي وبعض الأعمال الأخرى في ا معة).

وقد جاء في الحيثيات ما يلي:

ومن حيث إن الثابت أن التأخير الذي وقع في تنفيذ العملية موضوع هذه القضية قد حدث بسبب لا دخل لإدارة المؤسسة المدعية فيه، ومن ثم فلا وجه لتوقيع غرامة التأخير عليها (١).

وكان ممثل المؤسسة المدعية قد قصر دعواه على الإعفاء من غرامة التأخير المتوقعة على المؤسسة من قبل الوزارة المتعاقدة معها، بسبب تضررها نتيجة السيول التي أدت إلى تأخرها في تسليم الموقع " (٢).

### موقف الفقه الإسلامي من مضمون نظرية الظروف الطارئة:

بين ا مع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته المنعقـدة من ٨-١٦ربيع الآخر سنة ١٤٠٢هـ موقف الفقه الإسلامي مـن الظـروف

(١) قرار ديوان المظالم رقم ٢٩/د ٢ عام ١٣٩٨هـ المرجع السابق ٦٢.

(٢) أثر تغير الظروف على العقد الإداري، د/ أحمد السعيدان، ص٦٣.

الطارئة ، وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، واتخذ بشأ ا قراراً يتضح فيه جانب التيسير للمشقة أو للضرر ، نصه ما يأتي:

١- العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح ا تنفيـذ الالتزام العقدي، يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة، مـن تقلبـات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتـزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناء علـى طلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة توزع القـدر المتجـاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيمـا لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له، صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه مع فسخ العقد، بحيث يتحقق عدل بينـهما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعـاً رأي أهـل الخبرة الثقات.

٢- ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً ذا الإمهال.

هذا وإن مجلس ا مع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشـريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقـدين بسبب لابد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقـرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها . والله ولي التوفيق )).

وقد أشار ديوان المظالم في أحد أحكامه إلى تأصيل هذه النظرية بقوله "وقد ذكر فقهاء الإسلام للأعذار الطارئة، والجوائح التي يعفى المتعاقد من تنفيذ التزامه بسببها، أو يخفف عنه بعض الالتزام، أو يعوض عما أصابه على التفصيل والتأصيل الموجودين في كتب الفقه الإسلامي، وقد عرف بعض فقهاء الحنفية العذر الطارئ: بأنه العجز عن المضي على موجب العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق بالعقد، وعرفها بعض المالكية [1] الجائحة بأ ا اسم لكل ما يجيح الإنسان أو ينقصه إلى آخر التعريفات التي ذكرها الفقهاء، وأغلبها يدور حول هذا المعنى ويفهم من كلام الفقهاء رحمهم الله بل إن بعضهم نص عليه أن المقصود من النقص ما كان بسبب عام كالمطر والبرد والقحط والعطش والجيش والجراد ... ومثله الخوف العام الذي يمنع تنفيذ الالتزام مؤقتاً إلى آخر ما ذكروه من أمثلة الأعذار والجوائح والنقص الذي يصيب الإنسان وهذه الأعذار والجوائح تمثلها نظرية الظروف الطارئة بلسان العصر " [2].

(١) المنتقى شرح الموطأ، الباجي ، ص ٢٣٢/٤.

(٢) آثار العقد الإداري ، د/ عبد الله السعدان ، ص ٤٥٩ .

**مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :**

تنهض نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أساس مواجهة المتعاقد مـع الإدارة -أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية- لمشاكل وصعوبات مادية اسـتثنائية لم يكن له أن يتوقعها حين أبرم العقد.

ومن ثم إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار [١].

"ولقد تم تعريف هذه النظرية من قبل القضاء الإداري المصري على النحو التالي: إنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة، وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة [٢] .

وقد عرف ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية هذه النظرية بقراره في القضية ١/٦٧٧ق لعام ١٤٠٥هـ بما يلي:

---

(١) انظر : سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ السيد أحمد جاد الله ، ص ٣٩٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بمصر في ٣٠/يناير /١٩٥٩ م .

"ما يصادف المقاول أو المتعاقد من صعوبات مادية ذات طبيعـة اسـتثنائية خالصة، ولا يمكن بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً " (١).

ولتطبيق النظرية يشترط أن تتميز الصعوبات بسمات معينة يمكن حصرها فيمـا يلي :

١- يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع مادي استثنائي :

ويقصد بتلك الصعوبات أ ا ذات طابع مادي استثنائي، أي أ ا غير عادية، أو قليلة التأثير ، فالصعوبات قليلة التأثير تدخل في نطاق مسؤولية المتعاقد التي يوجهها أحياناً عند تنفيذ العقد ، ومن تلك الصعوبات المادية: الظواهر الطبيعية (٢).

٢- يجب أن تكون الصعوبات مستقلة عن إرادة المتعاقدين:

فالصعوبات المادية يفترض فيها ألا تكون من عمل الإدارة ، فإذا كان مرجعهـا إلى فعل الإدارة ، فإن ذلك لا يعني بطبيعة الحـال عـدم التـزام جهـة الإدارة بالتعويض ، وإنما يستبعد في هذه الحال تطبيق نظريات المادية غير المتوقعـة مـع احتمال تطبيق قواعد مسئولية الإدارة على أساس الخطأ أو على أساس نظرية فعل الأمير .

(١) أثر تغير الظروف على العقد الإداري ، د/ أحمد السعيدان ، ص ٦٧.
(٢) انظر : المرجع السابق ، ص ٧٢ .

وتقدير ما إذا كانت الصعوبة التي صادفها المتعاقد مع الإدارة ويطالب بتعويضه بسببها عادية أو استثنائية هو أمر يقدره قاضي العقد وفقاً لظروف كل قضية على حده .

ولا يقتصر دور القاضي في هذا الصدد على مجرد التسليم بإدعاءات المتعاقد، وإنما يجب على الأخير أن يقدم للقاضي كل ما يمكنه من أدلة لإثبات الطبيعة الاستثنائية للصعوبات التي صادفته أثناء التنفيذ [١].

٣- يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد :

ويجب على المتعاقد بطبيعة الحال قبل أن يقبل العقد أن يبذل الجهد المعقول والمطلوب من كل متعاقد حريص أن يبذله للإحاطة بكافة الصعوبات المادية المحتمل مصادفتها عند التنفيذ، فإذا كانت الصعوبات من نوع لا يمكن توقعه عند التعاقد وفقاً للظروف التي أبرم فيها العقد؛ فحينئذ يمكن طلب التعويض عنها.

وإذا كان المتعاقد ملزماً بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ، فإن قاضي العقد يضع في اعتباره مدى معاونة الإدارة للمتعاقد في هذا الخصوص، ذلك أن احترام مبدأ حسن النية في مجال التعاقد يقتضي أن تضع الإدارة تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات من شأ ا أن تعاونه في الوصول إلى تلك الغاية، فإذا ثبت تقصير الإدارة في ذلك ، فإن القاضي يحكم بتعويض المتعاقد.

(١) انظر: سلطة القاضي إزاء العقد الإداري،د/سيد أحمد جاد الله ، ص٤٠٢.

أما إذا قصر المتعاقد وكان في وسعه تبيين الصعوبات المادية وقت التعاقد ، فإن القضاء يرفض الحكم بالتعويض من الوفاء بالتزاماته كاملة ، لأن كل إخلال بهذه الالتزامات لن يضار من ورائه إلا المنتفعون بخدمات المرافق العامة محل عقد الامتياز .

وتمكيناً للمتعاقد من الوفاء بالتزاماته التعاقدية رغم الظروف الطارئة، وحفاظاً على التوازن المالي للعقد الإداري، تلتزم جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحّمل نصيب من الخسارة التي أحاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ.

وفي تقدير مدى الجهد الذي بذله المتعاقد مع الإدارة للإلمام بصعوبات التنفيذ المادية فإن قاضي العقد يضع في اعتباره مدى احترام الإدارة لمبدأ حسن النية في التعاقد، وما يقتضيه من قيامها بمعاونة المتعاقد معها بتزويده بكافة المعلومات التي لديها عن موقع العمل .

فإذا ثبت تقصير الإدارة في هذا الصدد فإن القاضي يحكم بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة [١].

٤- يجب أن يكون من شأن تلك الصعوبات الإخلال باقتصاديات العقد:

(١) انظر : سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ السيد أحمد جاد الله ص ٤٠٢ (نقل بتصرف) .

"إذ يترتب على تنفيذ الالتزام زيادة في الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة ، وينظر في تقدير ذلك الإخلال باقتصاديات العقد بالنظر إلى المبالغ الإضافية التي أنفقت نتيجة لمواجهة الصعوبات المادية منسوبة إلى القيمة الإجمالية للعقد" (١) .

"وقد نص حكم أصدره ديوان المظالم الدائرة الإدارية الأولى في المملكة العربية السعودية في القضية رقم ٦٧٧/أ/ق عام ١٤٠٥هـ على الشروط التي يجب توافرها لتطبيق هذه النظرية وهي:

١- أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية.
٢- أن تكون طارئة أي غير متوقعة ولا يمكن توقعها.
٣- أن يترتب على تنفيذ العقد نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة.

وجاء في الحكم المشار إليه: "أنه في هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد الرجوع على الإدارة المتعاقدة بالتعويض، بخلاف ما تخلف شرط أو أكثر فإن النظرية لا تطبق"(٢).

ومن أحكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية في هذه النظرية :

(١) أثر تغير الظروف على العقد الإداري ، د/ أحمد السعيدان ، ص ٧٣ .
(٢) قرار ديوان المظالم رقم ١٩/د/أ عام ١٤٢١هـ ، المشار إليه في كتاب: أثر تغير الظروف على العقد الإداري ،د/ أحمد السعيدان ، ص ٧٣ .

أصدر ديوان المظالم لدائرة الإدارية الأولى في المملكة العربية السعودية قـراره في القضية رقم ٦٧٧/أ/ق لعام ١٤٠٥هـ السابق ذكـره بخصـوص أحقيـة التعويض طبقاً لهذه النظرية الحكم الآتي :

(أحقية شركة..بتعويض مقداره ١.٠٩٨.٣٧٣ فقط مليون وثمانية وتسعون ألفاً وثلاثمائة وثلاث وسبعون ريالاً تلتزم وزارة .. بدفعه لها، ورفض ماعدا ذلك من طلبات .

وقد جاء في حيثيات هذا الحكم ما يلي :

"وحيث إنه بغض النظر عما أثاره وكيل المدعية فإن نظر الدعوى سيكون على أساس نظرية الصعوبات المادية فقط، بمعنى أن الحكم سواء قضى بالاستحقاق أو عدمه سيكون مبناه توفر أو عدم توفر شروط النظرية .. وحيث إنه من المعروف أن فترة تنفيذ العقد فترة تطور عمراني وزراعي وقد ساهم هذا التطور بدون شك في النيل من قدرات المتعاقد على التنفيذ، وهذا القول سانده ما تكرر قوله من قبل ممثلي المدعى عليها حيث ذكروا في أكثر من مذكرة بأن الطفرة الكبيرة التي حصلت بالمنطقة نتيجة خطط التنمية كانت هي السبب في تأخير التنفيذ ، وحيث أن هذا الواقع كاف في نظر الدائرة للقول بتحقيق الظرف الموجب للتعويض" (١) .

(١) أثر تغير الظروف في العقد الإداري ، د/ أحمد السعيدان ، ص ٧٥.

**موقف الفقه الإسلامي من مضمون الصعوبات المادية غير المتوقعة :**

تناولها الفقهاء - رحمهم الله - هذه النظرية عندما تحدثوا عن بعض المسائل الفقهية وهي (الفسخ بالأعذار)(١) وعن (الجوائح في بيع الثمار)(٢) وعن (تعديل العقد في حالة تقلب النقود)(٣) ووضعوا ضابطا للعذر الطارئ الذي يجيز فسخ عقد الإجارة، وهو أن عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يلتزمه بموجب العقد يحق له بعد التقاضي التخفيف عنه أو الفسخ.

وقد ذكر ابن تيمية(٤)، رحمه الله، في مختصر الفتاوى" أن من استأجر ما تكون منفعة إجارته لعامة الناس، مثل الحمام والفندق فنقصت المنفعة المعروفة، لقلة

---

(١) يقول ابن عابدين في تعريف العذر بأنه " ما لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله " حاشية ابن عابدين ٥٠/٥ .

(٢) اخلفت عبارات الفقهاء في تعريف الجوائح فقال الشافعي : "جماع الجوائح كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي " الأم ،٥٨/٣ ، وقال ابن قدامة " أ ا :"كل آفة لا صنع للآدمي فيها" المغني ، ١١٩/٤، وقال ابن تيمية أ ا:" الآفات السماوية التي لا يتمكن معها تضمين أحد" مجموع الفتاوى، ٢٧٨/٣٠ ، ولعل التعريف المناسب : هو ما لا يستطيع المتعاقدين دفعه ، ولا يمكن توقعه عند إبرام العقد.

(٣) يطلق النقد على الذهب والفضة، وتبعاً على الفلوس والقروش، وتتغير قيمة النقد بطرق منها:انعدام القيمة، أو اختفاء النقد أو ارتفاعه أو انخفاضه إلى غير ذلك بأسباب عدة منها: السلطات أو الناس أو ظروف التعامل التي تقتضي ذلك، وقد ناقش الفقهاء أثر هذه الأمور على العقد، وما يستحقه الأجرة فاعتبرها البعض جائحة، والبعض أبطل ا العقد. انظر: آثار العقد الإداري ، د/ عبد الله السعدان، ص٤٦٧/١.

(٤) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي، تقي الدين أبو العباس ابن تيمية ، ولد في حران سنة ٦٦١هـ وعني بالحديث وعلله وفقهه وفي علم الكلام ، وكان من بحور العلم ، وله كثير من المؤلفات منها: درء تعارض العقل والنقل، والصارم المسلول، وغيرها. مات سجيناً في قلعة دمشق سنة ٧٢٨هـ انظر: المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد لإبراهيم بن محمد بن مفلح ١٣٢/١ت: عبد الرحمن العثيمين، الرياض: مكتبة الرشد ط١، ١٤١٠هـ، وشذرات الذهب في أخبار من ذهب لعبد الحي بن أحمد العماد ١٤٢/٨ ت:محمود الأرناؤوط، دمشق: دار ابن كثير ط١، ١٤١٣هـ.

الزبون، أو لخوف، أو حرب ونحوه، فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة "[1].

إذاً فتستند هذه النظرية شرعاً يعود إلى مسألة وضع الجوائح ، وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)[2].

(١) مختصر الفتاوى الهندية ، ص ٣٨٩ .

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ٨٦/١.

# الفصل الثاني

## سلطة القاضي تجاه الدفع بعدم التنفيذ

**ويحتوي على مبحثين :**

**المبحث الأول** :مفهوم الدفع بعدم التنفيذ في النظام والفقه .

**المبحث الثاني** :سلطة القاضي إزاء الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في النظام والفقه .

# المبحث الأول

## مفهوم الدفع بعدم التنفيذ في النظام والفقه

## المبحث الأول : مفهوم الدفع بعدم التنفيذ :

### تعريف الدفع بعدم التنفيذ في النظام :

يعرف الدفع بعدم تنفيذ العقد بأنه" حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين بعدم تنفيذ التزامه الحال في مواجهة المتعاقد الآخر الذي لم ينفذ التزامه المقابل الحال الناشئ عن العقد ذاته" [(١)].

وقد أطلق على هذا الامتناع تسمية: (الدفع بعدم التنفيذ)، كما يطلق عليه: (الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد)، على أساس أن امتناع المدين لا يعتبر خطأ، بل هو مشروع [(٢)].

والفكرة التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي " إذا أردت أن تأخذ ما لك فعليك أن تفي بما عليك ، وهي وسيلة دفاعية، وليست هجومية، فهو كما يدل عليه اسمه دفع وليس دعوى" [(٣)] .

فهو وسيلة دفاعية يقررها النظام للمتعاقد الذي يكون في الوقت نفسه دائناً ومديناً للمتعاقد الآخر ، ويخوله بمقتضاها الحق في أن يدفع مطالبة غريمه بالدين الذي له عليه ، حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه له، وهو لا يؤدي إلى حل

---

(١) سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ،د/ أحمد جاد الله ، ص ٤٤٦ .

(٢) انظر: الوسيط شرح القانون المدني المصري، د/عبد الرزاق السنهوري ، ١/١٠٠٥،دار النهضة العربية، مصر، ط٢ ، ١٩٨١م.

(٣) الوسيط، د/عبد الرزاق السنهوري، ١/١٠٠٩ .

الرابطة العقدية  ائياً كما في حالة الفسخ مثلاً، ولكنه يضغطها فقط وبصفة مؤقتة.

فالدفع بعدم التنفيذ إذاً هو وسيلة ضمان في يد المتعاقد، تجعله يضغط على زميله حتى يفي بما عليه، وقد منحها النظام له بغية تحقيق العدالة بين طرفي العقد .

وهو وسيلة ضغط على المتعاقد الآخر، حيث إن استعماله يشعر الطرف الآخـر بأنه لن يحصل على الأداء المقابل لالتزامه إلا إذا نفذ التزامه هو، فيدفعه ذلك إلى التعجيل بتنفيذ ما عليه .

وهو أيضاً وسيلة لتحقيق العدالة والمساواة بين طرفي العقد، حيث إنه ليس من العدالة في شيء أن يجد أحد الطرفين نفسه مضطراً إلى تنفيذ التزامه، في حين أن الآخر لا يقوم بتنفيذ ما عليه (١) .

**تعريف الدفع بعدم التنفيذ في الفقه:**

لم أجد في كتب الفقهاء تعريفاً لفكرة الدفع بعدم تنفيذ العقد، ولكن يمكن إرجاع أساس فكرة الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي إلى فكرة السبب باعتبار أنه لا يسوغ إجبار المتعاقد على الوفاء بالالتزام الذي فرضه العقد عليه

(١) انظر: مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد ، د/ سعيد السيد علي ، ص ١٠، بدون ناشر ،ط١ ، ٢٠٠٦م.

قبل أن يتحقق الغرض الذي سعى هو إليه عندما تعهد به (١)، وبما يعرف بالحق في الحبس (٢) .

**شروط التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد :**

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أربعة شروط :

الشرط الأول : أن يكون الالتزامان متقابلين :

---

(١) انظر: نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة بالفقه الإسلامي، د/ عبد الفتاح عبد الباقي، ص٦٦٧، ط١ ، بدون ناشر، ١٩٨٤م.

(٢) الحق في الحبس "هو حق الدائن بدين مستحق الأداء، أن يحبس ما تحت يده، مما هو ملزم بتسليمه إلى المدين حتى يقوم هذا الأخير بسداد الدائن المرتبط بالتزامه بالتسليم"(الحق في الحبس كوسيلة للضمان،د/رأفت محمد أحمد، مصر، دار النهضة العربية، ط بدون) فمثاله:عقد البيع التزام كل متعاقد مرتبط بالتزام المتعاقد الآخر، لذا فلكل من= =البائع والمشتري أن يحتبس ما يلتزم بأدائه حتى يفي المتعاقد الآخر بما التزم به، وعليه يحق للمشتري حبس الثمن عن البائع لكي يجبره على تسليم المبيع، كما أن البائع في أحوال أخرى يجوز له حبس المبيع حتى يدفع أو يجبر المشتري على دفع الثمن، ولذلك سمي بالدفع بعدم التنفيذ، أي الإمتناع عن التنفيذ حتى يجبر أحد المتعاقدين الآخر بتنفيذ التزامه واتفق الفقهاء في الجملة على جواز حق الحبس ومشروعيته، وإن اختلفوا في بعض الصور، واستدلوا على ذلك بأدلة وهي : من القرآن الكريم قول الله تعالى: { فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللَّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ = ١٩٤ } [سورة البقرة ١٩٤/٢]ووجه الدلالة أن عموم الآية يدل على جواز المعاملة بالمثل بالنسبة لمن اعتدي عليه في نفس أو مال، ولا ريب أن الامتناع عن الوفاء بالحق المقابل للشيء المحبوس إنما يكون من قبيل الاعتداء، ومن ثم خول الشارع الشخص الحق في الامتناع عن الوفاء بالتزامه عن طريق حبسه معاملة بمثل ما عومل به.ومن السنة النبوية: ما جاء عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار". وجه الدلالة: أن النهي في الحديث جاء عاماً، ولا ريب أن امتناع الملتزم عن الوفاء بما في عهدته مما هو حال الأداء مع قدرته على ذلك ودون وجه لهذا الامتناع إنما يستتبع المضرة للطرف الآخر، فجاز لهذا الأخير رفع الضرر عن نفسه بحبس ما تحت يده.(الحق في الحبس في الفقه الإسلامي،سعد المعيدي،ص٣٢)

بأن يفترض وجود شخص وجود شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتبط به [١] .

"والعقود الإدارية من العقود ذات الالتزامات المتقابلة؛ فعقد الأشغال العامة إذا كان محله مثلاً، إقامة مدرسة، فإن سبب التزام المقاول المتعاقد ببنائها هو التزام جهة الإدارة المتعاقدة بدفع المقابل النقدي المتفق عليه ، وسبب التزام الأخيرة بدفع المقابل النقدي هو التزام المقاول ببناء المدرسة" [٢] .

الشرط الثاني : أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ وحـال الأداء:

فيفترض الدفع بعدم التنفيذ أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء ، أو متعاصرة التنفيذ ، وحيث لا يكون على أحد المتعاقدين أن ينفذ التزامه إلا عند قيام الآخر بتنفيذ التزامه أما إذا كان التزام أحد المتعاقدين غير حال أو مقترن بأجل فلا يجوز للمتعاقد الآخر الدفع بعدم التنفيذ [٣].

الشرط الثالث : عدم قيام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه :

وهذا شرط من الواضح بمكان إذ يجب أن يكون المتعاقد المتمسك في مواجهـة بالدفع بعدم التنفيذ قد أخل بالتزامه المقابل للالتزام الذي يمتنع المتعاقد الآخر من تنفيذه .

(١) انظر: مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد، د/ سعيد السيد علي، ص٢٣.
(٢) سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ سيد أحمد جاد الله ، ص٤٤٨ .
(٣) المرجع السابق،ص٤٤٩ .

الشرط الرابع :وجوب مراعاة حسن النية عند التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد :

وحسن النية عبارة عن فكرة تعني الصدق في القول والإخلاص في العمل ، وقد قام مبدأ حسن النية بدور هام في الحد من غلو مبدأ "شريعة المتعاقدين" (١) إذ يمثل حسن النية قيداً يحد من النتائج الصارمة للمبدأ الأخير، مما يجعل بالتالي النظام أكثر عدالة ويؤدي إلى استقرار المعاملات بين أصحاب الشأن (٢) .

(١) ومعنى هذه العبارة بوجه عام أن ما دون في العقد من شروط وما ذكر فيه من التزامات تكون ملزمة للطرفين مهما كانت هذه الشروط، و مهما كان نوع هذه الالتزامات فالطرفان ملزمان بتنفيذها والعمل ا، ما لم يخالف شريعة أو نظاماً .

(٢) انظر: مبدأ الدفع بعدم التنفيذ للعقد، د/ سعيد السيد علي،ص ٣٨.

# المبحث الثاني

## سلطة القاضي إزاء الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية في النظام والفقه

**ويحتوي على ستة مطالب :**

**المطلب الأول :** العقود لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام .

**المطلب الثاني :** حالة تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها العقدية واستحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته .

**المطلب الثالث :** حالة تقصير الإدارة وعدم قدرة المتعاقد على الاستمرار في التنفيذ .

**المطلب الرابع :** تقصير الإدارة وعدم قدرة المتعاقد عن التنفيذ في الوقت المحدد .

**المطلب الخامس:** اتجاه نية المتعاقدين إلى تنفيذ الالتزامات التعاقدية في وقت واحد بعد دفع سابق .

**المطلب السادس :** التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين.

## المبحث الثاني : سلطة القاضي إزاء الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية :

يأخذ مجلس الدولة الفرنسي والمصري بمبدأ عدم جواز الدفع بعد تنفيذ العقد الإداري، فقضوا بأنه لا يجوز التزام المرفق العام أن يقرر وقف سير المرفق بسبب وجود نزاع بينه وبين السلطة مانحة الالتزام (١) .

وهو ما أخذ به أيضاً القضاء الإداري السعودي (٢).

ويرجع هذا المبدأ إلى تعلق العقود الإدارية بالمرافق العامة التي يـتعين أن تسـير بانتظام واطّراد ، وإلى أن مصالح الطرفين في العقود الإدارية غير متكافئـة لعلـو المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة .

وفي حقيقة الأمر أن الفقه والقضاء الإداري يجمع على أنه لا يجوز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية، وذلك مرده وأساسه هو اتصال العقد بنشاط المرفق العام (٣) .

(١) انظر: مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، د/ سعيد السيد علي، ص٥٥، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ أحمد جاد الله ، ص ٤٥٢.

(٢) وهو ما جاء به قرار ديوان المظالم رقم ٨٦/٧ عام ١٤٠١هـ الذي ورد ما نصه" من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسيير وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ومتى كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام ، بحجة أن ثمة إخلال من جانب الإدارة بأحد التزاما ا قبله، بل يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزامها إن كان لذلك مقتضى، وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإراد ا المنفردة، وإلا حقت مساءلتها عن تبعة فعله السلبي" مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية عام١٤٠١هـ ، إعداد : إدارة تصنيف ونشر الأحكام في ديوان المظالم، ص ٢٨٣.

(٣) المرجع السابق ، ص٤٥٣.

وكما أنه لا يخفى أن مبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في نطاق العقود الإدارية يمثل اختلالاً واضحاً بين مركزي طرفي العقد الإداري وهو الأمر الذي لا يتحمله كثير من العقود الإدارية الحديثة .

ولذلك كان طبيعياً أن يلجأ القضاء الإداري إلى عدد من الوسائل التي تخفف من غلو هذا المبدأ حتى يستقيم أمر تنفيذ العقد الإداري (١).

إذا فإن مبدأ انعدام الحق في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية ، أو عدم جواز تمسك المتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ ليس مبدأ مطلقاً، له ضوابط تحدده، وحالات توقف سريانه .

ويرجع ذلك إلى أن هناك ظروفاً وملابسات قد تحيط بالعقد الإداري وتصاحب تنفيذه تجعل من التطبيق المطلق للمبدأ المشار إليه أمراً عسيراً، بالإضافة إلى مجافاته للمنطق والعدالة، وعدم تحقيقه الهدف المراد منه (٢).

فإذا كان مبتغى مبدأ انعدام الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية هو انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطّراد، فإن القضاء سمح للخروج على المبدأ والسماح للمتعاقد مع الإدارة بالدفع بعدم التنفيذ، وذلك في بعض الحالات التي استشعر فيها القضاء أ ا لا تؤثر في دوام سير المرافق العامة، وأن تطبيق المبدأ على تلك الحالات قد يؤدي إلى إعاقة المتعاقد عن القيام بتنفيذ التزاماته، وبالتالي يحقق

(١) انظر: مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ، د/ سعيد السيد علي،ص٥٦.

(٢) انظر: سلطة القاضي إزاء تنفيذ العقد الإداري، د/ أحمد جاد الله ، ص ٤٥٤ .

عكس المقصود من إقراره، بالإضافة إلى مجافاة ذلك التطبيق لقواعد العدالة ومقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد [1].

وتتمثل حالات الخروج على مبدأ انعدام الحق في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية التي لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام ، والحالات التي يؤدي تقصـير الإدارة في تنفيذ التزاما ا العقدية لاستحالة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته ، وأيضاً الحالات التي يبلغ تقصير الإدارة فيها حداً يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماتـه في الوقت المحدد ، بالإضافة إلى ذلك إذا اتجهت نية المتعاقدين إلى تنفيذ الالتزامات التعاقدية في وقت واحد ، وأخيراً إذا اتفق الطرفـان (الإدارة والمتعاقـد) علـى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ .

وسأتناول تلك الحالات في المطالب التالية.

(١) انظر: مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد،د/ سعيد السيد علي،ص ٥٧.

**المطلب الأول : العقود لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام .**

إذا كان الأساس القانوني لمبدأ انعدام الحق في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية هو ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطّراد نظراً للصلة التي تربط العقد الإداري بالمرفق العام، فإنه من الطبيعي أن يسمح بالدفع بعدم التنفيذ إذا كـان هذا الدفع في عقود لا تؤثر على سير المرفق العام ، فهناك عقود إدارية لا تتصـل مباشرة بتسيير المرفق العام، ولا يؤدي الامتناع عن تنفيذها إلى  ديد هذا التسيير، مثل عقود شراء سيارات ركوب للمديرين، فإذا أخلت الإدارة بالتزاما ا الناتجة عن هذه العقود، وامتنعت مثلاً عن دفع المقابل المنصوص عليه في العقد في وقتـه المحدد للمتعاقد معها، فإنه يمكن لهذا المتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ حـتى تفـي الإدارة بالتزاما ا؛ لأن هذا الدفع لا يؤثر على سير المرفق العام .

فمبدأ انعدام الحق في الدفع بعدم التنفيذ نشأ من ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام، وبضرورة سيره بانتظام واطّراد ، وبالتالي كلما ضعفت هذه العلاقة كلما ذهب هذا المبدأ وأمكن بالتالي التمسك بالدفع بعدم التنفيذ (١) .

والأمر - في تقديري – مرده إلى القضاء ، فهو الذي يقرر – بعد أن يصـل الأمر إليه- مدى إمكانية الدفع بعدم التنفيذ أو عدم إمكانيته، وعمـا إذا كـان العقد محل الـ اع يتصل مباشرة بتسيير المرفق العام أم لا ، ومدى تأثير الدفع بعدم التنفيذ على هذا التسيير .

(١) انظر: مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد، د/ سعيد السيد علي ،ص ٥٨،سلطة القاضي إزاء تنفيذ العقد الإداري ،د/سيد أحمد جاد الله ،ص ٤٥٥.

## المطلب الثاني : حالة تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها العقدية واستحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته.

قد يؤدي توقف الإدارة عن تنفيذ التزاما ا المنبثقة عن العقد أو تقصيرها في تنفيذ تلك الالتزامات إلى استحالة قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته، فلا يعقل في هذه الحالة أن نمنع هذا المتعاقد من الدفع بعدم التنفيذ إذا طلب منه تنفيذ التزامه، إذكيف نطلب منه تنفيذ التزام يستحيل تنفيذه، خاصة إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى إخلال الإدارة بالتزاما ا الواردة بالعقد [1]؛وهي التزامات من الضرورة بمكان، فعلى سبيل المثال: "قد تتعاقد الإدارة مع مقاول ما على بناء أو إنشاء مبنى بمواصفات خاصة وتتعهد في العقد أن تقدم الرسومات الخاصة ذا المبنى المتضمنة للمواصفات المطلوبة، ثم تقصر الإدارة في تقديم تلك الرسومات للمقاول، فإذا طلبت منه تنفيذ التزامه الوارد بالعقد بإنشاء المبنى المتفق عليه، فله في هذه الحالة أن يدفع بعدم التنفيذ؛ لأن إخلال الإدارة بالتزاما ا أدى إلى استحالة قيامه بتنفيذ التزامه" [2]، وقد أقرت أحكام مجلس الدولة المصري هذه الحالة وأعطت للمتعاقد بالإضافة للدفع بعدم التنفيذ حق طلب فسخ العقد وتعويضه عما أصابه من أضرار إزاء ذلك [3].

---

(١) انظر: مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد الإداري، د/ سعيد السيد علي، ص ٨٣ المرجع السابق، ص ٨٤.

(٢) سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ سيد أحمد جاد الله، ص ٤٥٧.

(٣) ومن ذلك ما جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر في هذا الشأن، بالحكم الصادر في ١٩٦٧/٦/٣م، في نزاع بين الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضي وأحد المقاولين حيث أسند إليه إنشاء بعض المصارف بمنطقة المنصورية التابعة لمركز امبابة بمحافظة الجيزة، وعندما ذهب هو وعماله إلى الموقع حسبما هو محدد بالخرائط المعتمدة من الهيئة لتسلم العمل والبدء في التنفيذ طبقاً لما هو متفق عليه في العقد الذي تحرر بينه وبين الهيئة في هذا الشأن، تعرض له

## المطلب الثالث :حالة تقصير الإدارة وعدم قدرة المتعاقد عن الاستمرار في التنفيذ .

وهذه الحالة هي الحالة الرئيسية من حالات الخروج على مبدأ انعدام الحق في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية وأكثرها شيوعاً في العمل، إذ نادراً ما يؤدي إخلال الإدارة بالتزاما ا إلى استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، ولكن غالباً ما يؤدي هذا الإخلال إلى إرهاق المتعاقد وعجزه عن الاستمرار في تنفيذه التزامه، والتطبيق الغالب لهذه الحالة عدم قيام الإدارة بصرف مستحقات المتعاقد معها عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر، خاصة إذا كانت مبالغ كبيرة تؤثر في مركزه المالي وفي إمكانيته في الاستمرار في التنفيذ؛ لكون عنصر التمويل هو العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال موضوع العقد، وبغيرها يتعذر على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ الأعمال موضوع العقد (١).

وواضح أن إقرار هذه الحالة يرجع إلى مبادئ العدالة التي تأبى أن يكلف المتعاقد مع الإدارة بما لا يطيق، فكيف نطلب منه تنفيذ أعمال تحتاج إلى أموال كثيرة في

---

الإصلاح الزراعي ومنعوه هو وعماله من العمل بحجة أنه لم تصدر إليهم أوامر بذلك فقام بإخطار الهيئة بذلك، إلا أ الم تم بالأمر ولم تحاول تمكين المدعي من استلام الموقع ليباشر العملية،بل أرسلت إليه خطاباً تنذره فيه بضرورة= =البدء في تنفيذ العملية فوراً وإلا اضطرت إلى توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد مع تحميله المسؤولية، وأنه بامتناعه عن تنفيذ العقد يكون قد ارتكب خطأ تعاقدياً يوجب مساءلته عنه، وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا حق المقاول في الدفع بعدم التنفيذ وقررت أن عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزامها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل يعد إخلال جسيماً من جانب الإدارة بواجبا ا، بل وقررت المحكمة أن هذا الإخلال من جانب الإدارة لالتزاما ا يستوجب فسخ العقد واستحقاق المتعاقد معها تعويض عما أصابه من ضرر"حكم المحكمة في الطعن رقم ٨٦٢ لسنة ٩ ق، بتاريخ ١٩٦٧/٦/٣م المشار إليه في كتاب مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد،د/سعيد السيد علي،ص٨٤ .

(١) انظر: مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد، د/ سعيد السيد علي،ص ٨٦ .

حين امتنعت الإدارة أو توقفت عن سداد مستحقاته عن الأعمال التي تمت، وكان هذا الامتناع أو التوقف سبباً في تذبذب مركزه المالي، وعدم قدرته على توفير الاعتماد اللازم لتنفيذ باقي العملية موضوع العقد، بالإضافة إلى أن عدم استمراره في تنفيذ العقد قد يؤثر في سير المرفق العام، وبذلك يكون منع الدفع بعدم التنفيذ محققاً لعكس المقصود منه [١].

وقد جاء إقرار لهذه الحالة في حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٥/٦م والذي جاء فيه "وحيث إنه يكون ثابتاً مما تقدم إخـلال جهـة الإدارة في تنفيذ التزاما ا قبل المقاول بعدم صرف المبالغ المستحقة له والسـابق بيا ا، الأمر الذي يتعذر معه على المقاول الاستمرار في استكمال أعمال العقـد لعدم توافر التمويل لديه بسبب توقف الإدارة عن سداد مستحقاته عن أعمـال تمت، ومن المعلوم أن عنصر التمويل العنصر الأساسي في تنفيذ الأعمال موضوع العقد، وبغيرها يتعذر على المقاول المتعاقد تنفيذ الأعمال إذا امتنعت الإدارة عـن سداد مقابل ما تم من أعمال، وخاصة إذا كانت هذه المبالغ كبيرة، ويؤثر عـدم السداد على المركز المالي للمتعاقد، وعلى إمكانية استمراره في التنفيذ واستكمال الأعمال، وحيث إنه لا يغير مما تقدم ما أثاره الطاعن من أنه لا يسوغ في العقود الإدارية للمقاول أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته قبل المرفق العام، بحجـة أن ثمـة إجراءات إدارية أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاما ا قبله، ويـتعين عليـه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الجهة الإدارية بالتعويض، فهذا القول وإن كان هـو الأصل بالنسبة لتنفيذ العقود الإدارية، إلا أنه لا يؤخذ على إطلاقه، ولا يسـوغ إعماله إلا في الحالات التي يكون فيها المقاول في موقف يسمح له بتذليل تلـك

(١) انظر: سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ سيد أحمد جاد الله ، ص ٤٥٨.

الإجراءات الإدارية، دون ضرر جسيم يصيبه، كما لو تقاعست الإدارة عن توفير مواد التموين فيكون عليه أن يقوم بتوفيرها ومطالبة الإدارة بالفرق، وهذه أمـور تختلف اختلافاً جوهرياً عن إخلال الإدارة بالتزام أساسي في العقد لا يستمر تنفيذ العقد بدونه، وهو موقف الإدارة عن سداد مستحقات المقاول عن الأعمال التي قام بتنفيذها دون مبرر وخاصة إذا كانت مبالغ كـبيرة تـؤثر في إمكانيتـه في الاستمرار في التنفيذ، فيجب على جهة الإدارة وفقاً للعقد وجوب تنفيذه بحسن نية، وفقاً لما استقر عليه العمل في تنفيـذ العقـود، أن تقـوم الإدارة بسـداد مستحقات المقاول أولاً بأول حسب تقدم الأعمال وتنفيذها، ولا يمتنع عن سداد مقابل ما تم من أعمال بدون مبرر، لأن من شأن ذلك وقف مصدر تمويل التنفيذ وسببه يتعثر المقاول في استكمال تنفيذ الأعمال كما هو الحال في الـ اع محـل الطعن وخاصة على ضوء ضخامة تلك المستحقات والتي بلغت حسب تقـارير الخبراء ٣٧٣.٨٩٨جنيه، وهي مبالغ من شأن عدم صرفها أن يجعل المقـاول في موقف يتعذر معه الاستمرار في التنفيذ في استكمال الأعمال، فتوقف التمويـل اللازم لإنجاز الأعمال يؤدي حتماً إلى تعثر المقاول وتوقف التنفيذ، وإذا تقاعست الإدارة وأهملت في تنفيذ التزام جوهري في العقد بعدم سداد مستحقات المقاول عما تم من أعمال بلغت مبلغاً كبيراً، فإن توقف المقاول عن التنفيذ واسـتكمال الأعمال إنما يرجع إلى خطأ جهة الإدارة بعدم صرفها مستحقاته، فإن المقاول لا يكون قد أخطأ، وإنما خطأ الإدارة هو السبب الجوهري في توقـف الأعمـال وتأخرها، بالإضافة إلى تأخر تسليم الرسومات الهندسية التي لا يتم التنفيذ إلا ا، ولا يصلح ذلك سبباً لسحب الأعمال من المقاول" (١).

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم ٤٤٨٣ لسنة٤١ ق، جلسة ١٩٩٧/٥/٦م،المشار إليه في كتاب مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد ،د/ سعيد السيد علي،ص٨٧ .

ومن الأحكام القضائية في القضاء الإداري السعودي في هذا الشأن، حكم ديوان المظالم ٥/د/أ/١٤٢٧/٢٤هـ والذي جاء فيه: حيث يهدف المدعي من إقامة هذه الدعوى إلى الحكم له بإلزام المدى عليها وزارة التربية والتعليم، بأن تدفع مبلغاً وقدره ثلاثون ألفاً وثلاثمائة وعشرين ريالاً تمثل باقي استحقاقه مقابل تجهيز معمل حاسب آلي..، وحيث الثابت أن مدير ثانوية..عمد المدعي مدير المؤسسة ...البدء بأعمال التهيئة والتجهيز لمعمل الحاسب الآلي بتكلفة إجمالية قدرها ٦٣٢٠ ريال وجاء في التعميد أنه بناء على توجيهات مدير التربية والتعليم ... لذا حكمت الدائرة بإلزام وزارة التربية والتعليم بأن تدفع للمدعي مبلغ وقدره ٣٣٢٥ ريال حتى يتسنى له إتمام العمل[1] ".

(١) مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٧هـ، ص ٢٣٥٠.

## المطلب الرابع :تقصير الإدارة وعدم قدرة المتعاقد عن تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد .

قد ينص في العقد على ميعاد محدد يجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينفذ التزامه خلاله، فإذا أدى تقصير الإدارة في تنفيذ التزاما ا إلى عجز هذا المتعاقد عن تنفيذ التزامه في الميعاد المحدد بالعقد، كان له أن يدفع بعدم التنفيذ (١) .

وللقضاء جعل جهة الإدارة – في حالة توقف الأعمال الحد المعقول نتيجة إخلالاً بالتزامها- أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلاً (٢)، وذلك في ضوء

---

(١)ويؤكد لذلك حكم للمحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٢/٩م ، حيث جاء بالحكم المذكور " ومن حيث إنه إذا كان لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتقاعس أو يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا ما تأخرت في صرف مقابل الأعمال ، وكان من الجائز الاتفاق على خلاف هذا الأصل ، متى كان عدم صرف هذا المقابل سوف يعجزه عن تنفيذ التزاماته في الميعاد المحدد ، فإنه إذا استطالت مدة التأخير في صرف المقابل بسبب عدم توفر الاعتماد المالي ، وتجاوزت مدة توقف الأعمال الحد المعقول نتيجة لذلك ، فإن لجهة الإدارة في هذه الحالة أن تعيد النظر في الأسعار المتعاقد عليها أصلاً ، وذلك في ضوء الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ حتى لا تختل اقتصاديات العقود ، وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته ، وليس في ذلك ما يخالف النظام العام ، إذ أن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية التي تظلل العقود جميعاً ، تتأبى وتمسك الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد بذات الأسعار المتعاقد عليها إذا ما تراخت في أداء التزاما ا المقابلة ، وذلك متى قدرت الجهة الإدارية خروجاً على الأصل المتقدم قد أعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزامه في الموعد المحدد". حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم ٤٠٦٣ لسنة ٤١ق، جلسة ١٩٩٩/٢/٩م،المشار إيه في كتاب سلطة القاضي إزاء العقد الإداري،د/ سيد أحمد جاد الله،ص٤٦٦.

(٢) ومن الأحكام القضائية في هذا الشأن : حكم ديوان المظالم ١٢٦/د/ ١٤٢٦هـ والذي جاء فيه : " وحيث أن الثابت بعد تقديم المدعية بعطائها تنفيذ المشروع محل الدعوى زادت رسوم إيصال التيار الكهربائي بقرار مجلس الوزراء رقم ١٦٩ وتاريخ ١١/ ٨/ ١٤١٩هـ وكانت المدعية قد قدمت عطائها وأسعارها فيما يخص رسوم=

الأسعار السائدة عند مواصلة التنفيذ، وذلك حتى لا تختل اقتصاديات العقود وتجور المصلحة العامة على المصلحة الفردية على نحو يعوق المتعاقد مع الإدارة عن النهوض بتنفيذ التزاماته [1].

ومن التطبيقات القضائية على ذلك حكم ديوان المظالم [2] في القضية رقم ١٧٨٧/ ٤/ ٢ لسنة ١٣٩٧هـ والتي تلخصت وقائعها أن وزارة.... أعلنت عن مناقصة إنشاء مسجد وقد رست العملية على مؤسسة... وأبلغت في ذلك في ٨/ ٥/ ١٣٩٥هـ ،ثم حرر العقد بين الطرفين في ٢١/ ٦/١٣٩٥هـ متضمنا تحديد قيمة العملية ومدة التنفيذ اثني عشر شهراً من تاريخ تسليم الموقع، وقد حدد يوم ٢٣/ ٨/ ١٣٩٥هـ موعداً لتسلم الموقع، وفي هذا التاريخ اجتمعت اللجنة المشكلة لذلك، وأثبتت في محضرها عدم إمكانية التعرف على الأرض نظراً لتغير معالم المنطقة حيث قامت أبنية حديثه، وتم تعبيد طرق.... مما تسبب في تأخير تسليم الموقع، ولم يتم التعرف عليه وتسليمه إلا في ٩/ ١٠/ ١٣٩٥هـ، ثم بعد ذلك تأخرت الجهة المذكورة في استخراج الفسح، واتصلت بالأمانة عدة مرات، آخرها بتاريخ ١٩/ ٧/ ١٣٩٦هـ ، ورغم ذلك لم يصدر الفسح، وكانت المؤسسة المدعية دائماً تشكو من عدم صدوره ومن تعرض مراقبي الأمانة لها، وتعطل العمل بسبب ذلك .

=إيصال التيار الكهربائي " مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية الصادرة عن ديوان المظالم لعام ١٤٢٧ هـ ص٢٥٢٤-٢٥٢٥ .

(١) انظر: مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد، د/ سعيد السيد علي، ص ٩٢.

(٢) خطأ الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ، أحمد بن محمد الجوير ، ص ٧٠ .

وقد تظلمت المؤسسة إلى المقام السامي في ٢١/ ٢/ ١٣٩٦هـ ، وأحيل تظلمها إلى ديوان المظالم، وطالبت المؤسسة بتعويضها عن الأضرار التي لحقت ا، وأضـافت إلى طلب التعـويض طلب فسخ العقـد وذلك في جلسـة ١٠/ ٥/ ١٣٩٨هـ ؛ لأن الوزارة أخلت بمقتضيات العقد إخلالا خطيرا بعدم تمكينها من العمل سنة كاملة، وقد قدمت المؤسسة شهادة رسمية صادرة من الأمانة، بأنه لا يجوز البناء مهما كان نوعه إلا برخصة رسمية صادرة من الأمانة، وأي بناء يتم بدون رخصة يتعرض من قام به للجزاء .

وقد جاء في حيثيات قرار لجنة التدقيق بديوان المظالم بشأن هذه القضية ما يلي :

يتضح مما تقدم أن فسح البناء إجراء ضروري، وشرط جوهري، لكي يتمكن المقاول من مباشرة العمل في المشروع المتعاقد عليه وبدونه لا يستطيع نظاما أن يبدأ أو يستمر في تنفيذه ، ولما كانت الوزارة ملزمة بمقتضى العقد بالقيام بكل ما من شأنه تمكين المقاول من البدء في العمل والمضي فيه حتى تمام إنجازه ، فإ ا تنفيذا لهذا الالتزام كان يتعين عليها تزويد المقاول ذا الفسخ اللازم للعمل قبل الوقت المتفق عليه للبدء فيه، ولا يكفي في هذا الصدد مجرد مطالبة الأمانة بإصدار الفسح، فلا شك أن تخلف هذه النتيجة يعد إخلالا جسيما بمقتضى العقد، يؤدي إلى تعجيز المقاول عن تنفيذ المشروع المتفق عليه، مما يجوز معه فسخ العقد نتيجة لهذا الإخلال، ولما كان تخلف الوزارة عن تنفيذ التزامها هذا قد امتد مدة طويلة تجاوز ما يمكن التسامح فيه، ومن ثم بتعين إجابة طلبها للفسخ مع ما يترتب على

ذلك من آثار؛ منها الإفراج عن خطاب الضمان وغيره من حقوق المؤسسة المتعلقة ذا العقد" [1].

(١) حكم ديوان المظالم رقم ٢/٤/١٧٨٧ لسنة، ١٣٩٧هـ .

## المطلب الخامس :اتجاه نية المتعاقدين إلى تنفيذ الالتزامات التعاقدية في وقت واحد،بعد دفع سابق.

إذا اتجهت نية الإدارة والمتعاقد معها على تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد، فإن إخلال الإدارة بالتزاما ا وعدم تنفيذه يعطي للمتعاقد معها الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه، أما إذا اتجهت نية الإدارة والمتعاقد على قيام الأخير بتنفيذ التزامه أولاً فلا يحق له هنا التمسك بالدفع (١).

و يرجع الأمر إلى القضاء في استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين مستعيناً في ذلك بشروط العقد، وطبيعته، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري (٢).

وهذه الحالة تعتبر تطبيقاً لما سبق أن ذكرناه عند حديثنا عن شـروط التمسـك بالدفع بعدم التنفيذ من ضرورة أن تكون الالتزامات المتقابلة متعاصرة التنفيـذ، بحيث لا يكون على أحد المتعاقدين أن ينفذ التزامه إلا عند قيام الآخـر بتنفيـذ التزامه ، أما إذا كان التزام أحد المتعاقدين غير حال أو مقترن بأجل ، فلا يجـوز للمتعاقد الآخر الدفع بعدم التنفيذ .

---

(١) انظر : مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد، د/ سعيد السيد علي،ص٩٧.

(٢) انظر: سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، د/ سيد أحمد جاد الله ص ٤٦٧.

**المطلب السادس : التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين .**

إذا كان الأصل في غير العقود الإدارية هو إباحة التمسك بالدفع للطرفين المتعاقدين -بما أنه لا يتعلق بالنظام العام- ، فلا يوجد ثمة ما يمنع في العقود الإدارية من اشتراط امتناعه على أحدهما، أو على كليهما، كما لا يوجد ثمة ما يمنع من نزول المتعاقد عن مباشرته صراحة أو ضمناً (١).

مع ملاحظة أن المبدأ العام في هذه العقود – وكما هو معلوم – عدم جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفة المبدأ وإباحة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وهذا الاتفاق الذي يكون صريحاً، وقد يكون ضمنياً يمكن استخلاصه من بنود العقد (٢).

---

(١) انظر: مبدأ الدفع بعدم تنفيذ العقد، د/ سعيد السيد علي،ص ١٠٠.

(٢) ومن الأحكام القضائية في هذا الشأن حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في ١٨/ ١٢/ ١٩٧١م "في نزاعبين أحد المقاولين ومديرية التحرير بشأن تنفيذ عقد تعهد بموجبه الأول بتوريد عمال زراعيين لأعمال تراحيل للقيام بأعمال الهندسة بالمديرية، ونتيجة لتقصير المقاول في تنفيذ التزامه وقعت مديرية التحرير عليه، غرامات تأخير مما دفعه إقامة دعوى أمام محكمة القضاء الإداري مقررا في دعواه إذا كان قد تأخر جدلا عن توريد العمال، فإن ذلك كان إعمالا لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ ، لأن جهة الإدارة انتهت إلى أن دعوى الدعى عليه غير صحيح في القانون وقضت برفضها وألزمته بالمصروفات فطعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا التي ألغت حكم محكمة القضاء الإداري حيث استخلصت من بنود العقد وجود اتفاق ضمني بين مديرية التحرير والمقاول على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وجاء بحكمها " ومن حيث إنه وإن كان الأصل أن الدفع بعد التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا عن هذا الأصل ، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع لعدم التنفيذ وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير مادامت قد تراخت في تنفيذ التزاما ا قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها "حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٤٠٦٣ لسنة ٤١ق، جلسة،١٩٧١/١٢/٩هـ المشار إليه في كتاب سلطة القاضي إزاء العقد الإداري،د/سيد أحمد، ص ٤٧٠.

موقف الفقه الإسلامي من سلطة القاضي بالدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري:

إن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ قد أقرته الشريعة الإسلامية من جهة أنه يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء حتى يقوم الآخر بالقيام بتعهداته، سواء كان ذلك في العقود الخاصة أو في العقود الإدارية، وهذا ما يعرف بالفقه الإسلامي بالحق في الحبس، ويخضع ذلك إلى جملة من الأدلة منها:

قول النبي ﷺ : ((لا ضرر ولا ضرار)) (١) ، ووجه الدلالة أن النهي في الحديث جاء عاماً، ولا ريب أن امتناع الإدارة عن الوفاء بما هو عليها مما هو حال الأداء، مع قدر ا على ذلك، ودون وجه لهذا الامتناع، إنما يستتبع المضرة للطرف الآخر، فجاز للمتعاقد رفع الضرر عن نفسه بالدفع بعدم التنفيذ والامتناع عن العمل، وحبس ما تحت يده حتى تفي الإدارة بالتزاما ا .

وقول النبي ﷺ : ((مطل الغني ظلم)) (٢) ، فدل الحديث على أن مطل الغني يعتبر ظلماً ، ولا شك أن امتناع الإدارة عن الوفاء بالتزاما ا تجاه المتعاقد معها إنما يعتبر ظلماً يخول المتعاقد الدفع بعدم التنفيذ وحبس ما تحت يده.

---

(١) رواه مالك في الموطأ ٧٤٥/٢، وأحمد ٥٥/٥، وابن ماجة برقم(٢٣٤١)، والحاكم برقم(٢٣٤٥) وقال حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، والدارقطني في السنن برقم(٢٨٨) والطبراني في المعجم الكبير ٨٢/٢، وحسنه النووي كما في الأربعين ص٥٦٧ مع جامع العلوم والحكم ، وصححه الألباني كما في إرواء الغليل ٤٠٨/٣.

(٢) رواه البخاري، كتاب الحوالات، باب الحوالة وهل يرجع في الحوالة، (٢٢٨٧)، ومسلم ، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، (١٥٦٤).

إذا فالقاضي له منع الإدارة من التعسف في استغلال سلطتها، والالتزام بتعهدا ا بإقراره هذا الدفع للمتعاقد متى ما رأى أ ا توفرت الشروط الواجبة لإقرار هذا الدفع .

وهو الذي يتولى تقدير إساءة استعمال الدفع بعدم التنفيذ، وعلى ذلك فلا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذ التزامه، أو إذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر .

# الخاتمة

## الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسولنا الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين.. أما بعد :

ففي نهاية هذا البحث أحمد الله عز وجل وأشكره أن وفقني لإتمامه، وأسأله تعالى أن يتقبله مني خالصاً لوجه الكريم، وأن يتجاوز عني إذا أخطأ رأيي وزل قلمي .

وبعد الفراغ من هذا البحث تبرز أهم النتائج التي توصلت إليها وهي على النحو الآتي:

١- أن التعريف المختار (لسلطة القاضي) أنها القوة والاجتهاد التي بمقتضاها يستطيع القاضي أداء العمل المطلوب منه.

٢- يعتبر مصطلح (سلطة القاضي ) في الفقه الإسلامي من المصطلحات الحديثة التي لم تكن تستعمل عند أوساط الفقهاء، ولكن معناه متحقق في عباراتهم الفقهية.

٣- التعريف المختار (للعقد الإداري) هو: التزام متعلق بالطالح العام مرتبط بإيجاب وقبول.

٤- ينبغي أن يكون التفسير للعقد الإداري إلى جانب المصلحة العامة متى ما تعارضت مع المصلحة الخاصة؛ ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

٥- المقصود بوضوح العبارة : هو وضوح إرادة الطرفين في العقد.

٦- الأصل في تفسير عبارات العقد أن المعنى الواضح في العقد هو المعنى الحقيقي، ولا يجوز العزوف عنه إلا إذا تأيد من ظروف الدعوى ما يدل إساءة المتعاقدين لذلك.

٧- ترجع وضوح عبارة العقد في الفقه الإسلامي إلى القاعدة الشرعية العبرة في العقود بالمقاصد والمباني لا بالألفاظ والمباني .

٨- في حالة غموض عبارة العبارات العقد يجب على القاضي حيال ذلك بذل الجهد في الكشف عن إرادة المتعاقدين عن طريق النظر في أفعالهم وبالعوامل الداخلية والخارجية وبالعرف الجاري في المعاملات.

٩- يفسر الشك في حال التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين لمصلحة المدين أي المتعاقد؛ لأن الأصل براءة الذمة أما الالتزام فهو استثناء.

١٠- يعرف تعديل العقد بأنه: هو إجراء تغيير في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره، أو بند من بنوده إما بحذف أو إضافة أو غير ذلك.

١١- انقسم فقهاء القانون إزاء سلطة القاضي من حيث تعديل العقد إلى فريقين: منهم من ينكرها ومنهم من يؤيدها وهو الراجح.

١٢- إن حق القاضي في تعديل العقد هو حق سائغ شرعاً ما دام هذا التعديل متعلقاً بالمصلحة العامة، وهذا معتبر في الشريعة الإسلامية .

١٣- تقوم فكرة التوازن المالي على أساس حق المتعاقد مع الإدارة في تعويض عادل مقابل ما سببه حق الإدارة في تعديل العقد أو بظروف خارجية .

١٤- تتمثل سلطة القاضي بشأن إعادة التوازن المالي في الظروف المتوقعة بتطبيق الشروط التعاقدية المتصلة بإعادة النظر في المقابل النقدي المستحق.

١٥- استقر الفقه والقضاء على إقرار نظريات ثلاث أساسية لمواجهة الظروف غير المتوقعة التي يترتب عليها اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، وهي ما تسمى بـ: فعل الأمير، والظروف الطارئة،

والصعوبات المادية غير المتوقعة، وقد أقرت الشريعة الإسلامية تلك النظريات.

١٦- تعني نظرية فعل الأمير:بأنه صدور أمر أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة أثناء تنفيذ عقد إداري وبدون خطأ من جانبها، ويترتب عليه ضرر على المتعاقد مع الإدارة، يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد يستوجب تعويضه.

١٧- نظرية الظروف الطارئة :هي الظروف التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وإلى خسارة المتعاقد خسارة غير محتملة، ففي هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة.

١٨- تعني نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة: هي ما يصادف المتعاقد من صعوبات استثنائية خالصة لا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، يستحق بذلك المتعاقد من التعويض جراء ما سببته هذه الصعوبات من أضرار .

١٩- يعرف الدفع بعدم تنفيذ العقد بأنه: حق كل متعاقد في العقود الملزمة للجانبين بعدم تنفيذ التزامه الحال في مواجهة المتعاقد الآخر الذي لم ينفذ التزامه المقابل الحال الناشئ عن العقد ذاته.

٢٠- يعد الدفع بعدم التنفيذ فرعاً من الحق في الحبس في الفقه الإسلامي.

٢١- إن المبدأ العام في القضاء الإداري هو عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية لتعلقها بالصالح العام .

٢٢- هناك حالات خرج بها القضاء الإداري عن عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية وهي: العقود التي لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام، والحالات التي يؤدي تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها العقدية

لاستحالة تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته، وأيضاً الحالات التي يبلغ تقصـير الإدارة فيها حداً يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته في الوقت المحدد ، بالإضافة إلى ذلك إذا اتجهن نية المتعاقدين إلى تنفيذ الالتزامات التعاقدية في وقت واحد، وأخيراً إذا اتفق الطرفان الإدارة والمتعاقد على التمسـك بالدفع بعدم التنفيذ .

٢٣- إن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ قد أقرته الشريعة الإسلامية وهو حـق سائغ للمتعاقد سواء كان في العقود الخاصة أو في العقود الإدارية دفعـاً للضرر .

هذا خلاصة ما تيسر بحثه تحت موضوع ( سلطة القاضي إزاء العقد الإداري).

وأخيراً :

أسأل الله عز وجل أن يوفقني لصالح القول والعمل، وأن يعصمني من الخطأ والزلل، وأن يلهمني رشدي، ويسدد عملي، وأن يزيدني علماً، وأن ينفعني بما علمني، وأن يغفر لي ولوالدي، ويجزل لهما الأجر والمثوبة، وأن يمدهما بالصحة والعافية في الدنيا والآخرة، وأن يغفر لمشايخي، ولجميع المسلمين.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

# الفهارس


- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث النبوية .
- فهرس الأعلام .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الموضوعات .

فهرس الآيات القرآنية


| الآيـــة | رقمها | الصفحة |
| --- | --- | --- |
| سورة البقرة | | |
| {فَإِذَا قَضيتم مناسكَكُم... } | ٢٠٠ | ١٨ |
| سورة النساء | | |
| {ولَو شاءَ الله لَسلطَهم ... } | ٩٠ | ١٧ |
| سورة المائدة | | |
| {يا أَيها الذين آمنواْ أَوفُواْ... } | ١ | ٤٠ |
| سورة الإسراء | | |
| {وقَضينا إِلَى بنِي إِسرائيلَ... } | ٤ | ١٨ |
| {وقَضى ربك أَلا تعبدواْ إِلا... } | ٢٣ | ١٨ |
| سورة طه | | |
| {ولا تعجلْ بِالْقُرآن من ... } | ١١٤ | ١٩ |
| سورة الأحزاب | | |
| {فَمنهم من قَضى نحبه... } | ٢٣ | ١٩ |

{فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَراً ... } ٣٧ ١٩

سورة سبأ

{فَلَمَّا قَضَيْنَا عَلَيْهِ الْمَوْتَ... } ١٤ ١٩

سورة غافر

{وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ.. } ٢٠ ١٨

سورة فصلت

{فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ.. } ١٢ ١٨

سورة الحشر

{ وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ... } ٦ ١٧

سورة الممتحنة

{يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا.... } ٣٩ ٦٨

{ ذَلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ... } ٣٩ ٦٨

{ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ.... } ٣٩ ٦٨

سورة عبس

{كَلَّا لَمَّا يَقْضِ مَا أَمَرَهُ... } ٢٣ ١٩

# فهرس الأحاديث النبوية


| الحديث | الصفحة |
| --- | --- |
| **حرف الألف** | |
| إذا شك أحدكم في | ٥٩ |
| إنك لن تنفق نفقة تبتغي ا وجه الله | ٥١ |
| إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى | ٥١ |
| **حرف الباء** | |
| يبعث الناس على نيا م | ٥١ |
| **حرف اللام** | |
| لا ضرر ولا ضرار | ١٢٨ |
| لا عمل لمن لا نية له | ٥١ |
| **حرف الميم** | |
| مطل الغني ظلم | ١٢٩ |
| **حرف الهاء** | |
| هذا ما صالح عليه محمد | ٦٨ |

## فهرس الأعلام

حرف الألف

أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا الرازي:١٧

أبو عبد الله،أحمد بن محمد بن حنبل:٢٧

أبو بكر، أحمد بن علي الرازي:٢٧

أحمد بن محمد بن أبي حامد، العدوي : ٢٨

أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني: ١٠٤

حرف الميم

محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي:٢٨

محمد بن محمد بن أحمد الخزرجي الأندلسي القرطبي:٢٥

محمد بن أحمد بن طلحة بن نوح الأزهري:٢٠

## فهرس المصادر والمراجع

### الألف


١- آثار العقد الإداري في الفقه والنظام ، د/ عبد الله بن حمد السعدان، (دكتوراه) ، إشراف د/محمد الحسيني، ١٤٢٤هـ .

٢- أثر الظروف الإقتصادية على القوة الملزمة للعقد، د/ رشوان حسن رشوان،مصر ، دار النهضة العربية ، ط١، ١٩٩٤م.

٣- آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها، د/ عادل عبد الرحمن خليل، دار الثقافة الجامعية، ط١، ١٩٩٧م .

٤- أثر تغير الظروف على العقد الإداري وإعادة التوازن المالي للعقد، د/ أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مكتبة الرشد، ط١، ٢٠٠٤م .

٥- أساس الإلتزام العقدي ، د/ عبد الرحمن عياد ،

٦- الأسس العامة للعقود الإدارية، د/ سليمان الطماوي، القاهرة ، مطبعة عين شمس ط٤، ١٩٨٤م .

٧- الأسس العامة للعقود الإدارية ،د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإسكندرية، منشأة المعارف ، ط١، ٢٠٠٤م .

٨- الأشباه والنظائر لجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، ت:محمد المعتصم بالله البغدادي، بيروت دار الكتاب العربي، ط ٢ ، ١٤١٤ هـ .

٩- الأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم ، ت:مركز البحوث والدراسات بمكتبة نزار الباز ، مكة المكرمة : مكتبة نزار الباز ، ط١ ، ١٤١٧هـ .

١٠- أصول التعهدات ، د/ محمد صالح ، حقوق ط للمؤلف ، ١٩٩٣م.

١١- أصول الفقه الإسلامي، زكي الدين شعبان، مصر، دار التأليف ، ط١، ١٩٦٤م

١٢- الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي،د/إبراهيم بن صالح التنم ، دار ابن الجوزي، ط١ ، ١٤٣٠هـ .

١٣- الأم لمحمد بن إدريس الشافعي ، ت: محمد إبراهيم الخفناوي، القاهرة ، دار الحديث، ط١، ١٤٢٩هـ .

١٤- الأعلام ، لخير الدين بن محمد بن محمود بن محمد الزركلي ، بيروت ، دار العلم ، ط٧، ١٩٨٦م.

الباء

١٥- البلغة في تراجم أئمة النحو واللغة ، محمد بن يعقوب الفيرزآبادي.

١٦- بداية ا تهد و اية المقتصد ، لمحمد بن رشد القرطبي ، بيروت، دار المعرفة ، ط٨ ، ١٤٠٦هـ .

التاء

١٧- ذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري، حققه عبد السلام محمد هارون، مكتبة ابن تيمية، ط١ ، ١٣٨٤هـ .

١٨- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام،لابراهيم بن علي بن فرحون , دار الكتب العلمية ط١ .

١٩- تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، د/ عبد الحكم فوده ،منشأة دار المعارف، مصر، ط١،١٩٨٥م .

٢٠- تفسير القرآن العظيم ، لابن كثير ، ت: سامي بن محمد سلامة ، الرياض ، دار طيبة ، ط١ ، ١٤١٨هـ .

الجيم

٢١- الجامع لأحكام القرآن الكريم ،لأبي عبد الله محمد أحمد الأنصاري القرطبي، ت: مجدي محمد سرور سعد باسلوم ، القاهرة ، دار البيان العربي، ط١، ٢٠٠٨ م.

الحاء

٢٢- حاشية ابن عابدين ،لمحمد أمين بن عمر، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، ط٢ ، ١٤٠٧هـ .

٢٣- الحق في الحبس كوسيلة للضمان، د/ رأفت محمد أحمد حماد ، مصر، مكتبة النهضة المصرية ، ط دون.

٢٤- الحق في الحبس في الفقه الإسلامي، سعد بن مبارك المعيدي، ماجستير، إشراف الدكتور/يوسف بن أحمد القاسم، ١٤٣٠هـ.

الدال

٢٥- دور القاضي في تعديل العقد،د/فؤاد محمود معوض، دار الجامعة الجديدة،مصر ، ط١، ٢٠٠٨م .

السين

٢٦- سير أعلام النبلاء، الإمام محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت: شعيب الأرناؤوط وآخرون ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ط٤ ، ١٤٠٦هـ .

٢٧- سلطة القاضي إزاء العقد الإداري ، د/ سيد محمد جاد الله ، دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٧ م.

٢٨- سنن ابن ماجة ، لأبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، ت:محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت : المكتبة العلمية.

٢٩- سلطة القاضي في تعديل العقد ، د/ محمد علي الخطيب ، دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٢م .

٣٠- سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، د/ علي عبد العزيز الفحام ، دكتوراه ، عين شمس ، ١٩٧٥م

٣١- سلسة الأحاديث الصحيحة، لمحمد ناصر الدين الألباني، الرياض ،مكتبة المعارف ط١، ١٤١٥هـ .

الشين

٣٢- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، لمحمد بن محمد مخلوف، بيروت، دار الفكر ، بدون ط

٣٣- الشرح الصغير على أقرب المسالك ، لأحمد بن محمد الدردير مع حاشية الصاوي، بيروت ، دار المعرفة ،ط بدون،١٤٠٩هـ .

٣٤- شرح القواعد الفقهية ، أحمد الزرقا ، دار القلم ، دمشق ، ط٨ ، ٢٠٠٩م.

٣٥- شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لعبد الحي بن أحمد بن العماد ، ت:محمود الأرناؤوط ، دمشق، دار ابن كثير ، ط١ ، ١٤١٣هـ .

الصاد

٣٦- صحيح البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه .

٣٧- صيغ العقود في الفقه الإسلامي،د/صالح الغليقة دار كنوز إشبيليا، الرياض، ط١ ، ١٤٢٧هـ

٣٨- صحيح مسلم، المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .

الضاد

٣٩- الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، د/محمد السناري ،دار النهضة العربية، مصر، ط١

العين

٤٠- العقود الإدارية ، د/ طه ابراهيم فياض ،الكويت، مكتبة الفلاح ، ط ١، ١٤٠١هـ .

٤١- العقود الإدارية ،محمود عاطف البنا ،مصر، دار العلوم للطابعة والنشر ، ١٤٠٥هـ

٤٢- العقود الإدارية ، د/ محمود خلف الجبوري ، ط ١ ، ١٩٩٨م

العقود الإدارية ، د/ ماجد راغب الحلو ،مصر، دار الجامعة الجديدة ، ط٢، ٢٠٠٤م.

٤٣- العقود الإدارية ، د/ سليمان الطماوي ، ط٥ ، ١٩٩١م .

٤٤- العقود الإدارية ،د/ جابر جاد نصار،مصر، دار النهضة العربية ،ط٢ ، ٢٠٠٥م.

الفاء

٤٥- فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية ، د/ علي بن عبد الكريم السويلم ، مكتبة الرشد ، ط١ ٢٠٠٨ م.

القاف

٤٦- القاموس المحيط ، محمد بن يعقوب بن السراج الفيروزآبادي،تحقيق:محمود مسعود أحمد، المكتبة العصرية، بيروت ط٢، ٢٠٠٩م .

٤٧- القانون الإداري ، د/ خالد الظاهر ، دار المسيرة للنشر ، ١٩٩٧م ، ط١ .

٤٨- قرارات ا مع الفقهي الإسلامي التابع ، لرابطة العالم الإسلامي، ط بدون.

٤٩- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي،دمشق ،دار القلم، ط٢ ، ١٤١٨هـ .

اللام

٥٠- لسان العرب ، لابن منظور ، دار صادر، بيروت، ط١ .

الميم

٥١- الموطأ للإمام مالك ابن أنس ، ت: محمد فؤاد عبد الباقي ، بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط بدون ، ١٤٠٦هـ .

٥٢- معجم مقاييس اللغة ، لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ط١ .

٥٣- مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، د/ أحمد محمود سعد

٥٤- معجم مقاييس اللغة ،لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، ط١، ٢٠٠٨.

٥٥- المعجم الوسيط لمحمد بن يعقوب بن السراج الفيروزآبادي ، بيروت، المكتبة العصرية ،ط١، ٢٠٠٩م.

٥٦- مسند أبي يعلى للإمام أبي يعلى أحمد بن علي بن المثنى الموصلي، ت:خليل مأمون شيحا، بيروت ، دار المعرفة، ط١، ٢٠٠٥م.
٥٧- الموافقات ، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، ت:أبوعبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، القاهرة ،دار القيم وابن عفان،ط٣ ، ٢٠٠٩ م .
٥٨- مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني ، د/ أحمد محمود سعيد ، مطبعة دار النهضة العربية ، القاهرة ط١ ، ١٩٨٨م
٥٩- مختار الصحاح ، الإمام محمد بن أبي بكر الرازي .
٦٠- المنتقى شرح الموطأ، لسليمان بن خلف الباجي ، القاهرة ، دار الكتاب الإسلامي ، ط٢ ، بدون .
٦١- المغني ، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، ت، د/عبد الله التركي، د/ عبد الفتاح الحلو ، مطبعة هجر، ط١، ١٤١٠هـ .
٦٢- المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصطفى أحمد الزرقا ، دمشق : دار القلم ،ط١، ١٤٢٠هـ.
٦٣- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ،جمع وترتيب : عبد الرحمن بن قاسم النجدي وابنه محمد ، الرياض: دار عالم الكتب ، ط بدون ، ١٤١٢هـ.
٦٤- مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد ، د/ سعيد السيد علي ، بدون ناشر ،ط١ ، ٢٠٠٦م٠

٦٥- المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد ، لإبراهيم بن محمد بن مفلح ، ت: عبد الرحمن العثيمين ، الرياض، مكتبة الرشد ، ط١، ١٤١٠هـ.

النون

٦٦- نظرية العقد ، د/ عبد الرزاق السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط٢ ١٩٩٨م

٦٧- النظرية العامة للالتزام ،دار الجامعة الجديد ، الاسكندرية، ٢٠٠٦م

٦٨- نظرية العقد ، د/ سليمان مرقس ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٦م.

٦٩- نظرية العقد ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي ،ط١ ١٩٨٤م القاهرة

٧٠- نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة بالفقه الإسلامي، د/ عبد الفتاح عبد الباقي ، ط١ ، بدون ناشر، ١٩٨٤م

الواو

٧١- الوسيط شرح القانون المدني المصري ، أ.د/عبدالرزاق السنهوري ، القاهرة ،دار النهضة العربية، ط١، ١٩٧٠م .

٧٢- الوسيط في القانون الإداري ، رمضان محمد بطيخ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤م

٧٣- الوجيز في العقود الإدارية ، د/ جابر جاد نصار ،دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠٠٠م.

# فهرس الموضوعات


| الموضوع | الصفحة |
|---|---|
| المقدمة ........................................................ | ٢ |
| أهمية الموضوع ............................................. | ٥ |
| أسباب اختياره ............................................. | ٦ |
| الدراسات السابقة.............................................. | ٦ |
| منهج البحث................................................. | ٧ |
| خطة البحث.................................................. | ١٠ |
| شكر وعرفان ............................................ | ١٣ |
| التمهيد.................................................. | ١٥ |
| المبحث الأول : تعريف سلطة القاضي ........................ | ١٦ |
| المطلب الأول: تعريف سلطة القاضي في اللغة ............... | ١٧ |
| المطلب الثاني: تعريف سلطة القاضي في النظام............... | ٢١ |
| المطلب الثالث: تعريف سلطة القاضي في الفقه ............. | ٢٣ |
| المبحث الثاني : تعريف تنفيذ العقد الإداري ................... | ٢٣ |
| المطلب الأول: تعريف تنفيذ العقد الإداري في اللغة .......... | ٢٤ |

المطلب الثاني : تعريف تنفيذ العقد الإداري في النظام ......... ٢٦

المطلب الثالث: تعريف تنفيذ العقد الإداري في الفقه ......... ٢٧

الفصل الأول: سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد ............ ٣٠

المبحث الأول : سلطة القاضي في تفسير العقد الإداري ........ ٣١

المطلب الأول : حالة وضوح عبارات العقد.................. ٣٥

حالة وضوح عبارات العقد في النظام.................. ٣٥

حالة وضوح عبارة العقد في الفقه.................... ٥١

المطلب الثاني : حالة غموض عبارات العقد.................. ٥٣

حالة غموض عبارة العقد في النظام.................. ٥٣

حالة غموض عبارات العقد في الفقه................. ٥٥

المطلب الثالث : حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين................................................ ٥٧

حالة الشك في الترف على الإرادة المشتركة في النظام .... ٥٧

حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة في الفقه..... ٥٩

المبحث الثاني : سلطة القاضي من حيث تعديل العقد الإداري...... ٦١

المطلب الأول : التعريف بتعديل العقد في..................... ٦٤

تعريف التعديل في النظام.............................. ٦٤

تعريف التعديل في الفقه..................................٦٥

المطلب الثاني : موقف الشريعة والنظام بشأن سلطة القاضي في

تعديل العقد.................................................. ٦٦

المطلب الثالث : نفوذ القاضي في مرحلة تنفيذ العقد في الفقه

والنظام...................................................... ٧١

الفرع الأول : فكرة التوازن المالي للعقد......................... ٧٢

الفرع الثاني : سلطة القاضي بشأن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف المتوقعة ..............................................٧٦

الفرع الثالث : سلطة القاضي بشأن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف غير المتوقعة ........................................... ٧٧

مضمون نظرية فعل الأمير................................ ٧٨

موقف الفقه الإسلامي من نظرية فعل الأمير................ ٨٤

مضمون نظرية الظرف الطارئة............................. ٨٤

موقف الفقه الإسلامي من نظرية الظروف الطارئة......... ٩٤

مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....................٩٧

موقف الفقه الإسلامي من نظرية الصعوبات الغير متوقعة... ١٠٣

الفصل الثاني :  سلطة القاضي تجاه الدفع بعدم التنفيذ............. ١٠٥

المبحث الأول: مفهوم الدفع بعدم التنفيذ........................ ١٠٦

مفهوم الدفع بعدم التنفيذ في النظام............................ ١٠٦

مفهوم الدفع بعدم التنفيذ في الفقه.............................. ١٠٧

المبحث الثاني : سلطة القاضي إزاء الدفع بعدم التنفيذ في العقود

الإدارية في الفقه والنظام ..................................... ١١٣

المطلب الأول : العقود التي لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام... ١١٦

المطلب الثاني : حالة تقصير الإدارة في تنفيذ التزاما ا العقدية

واستحالة تنفيذ المتعاقد لالتزامات........................ ١١٧

المطلب الثالث: حالة تقصير الإدارة وعدم قدرة المتعاقد عن

الاستمرار في التنفيذ..................................... ١١٨

المطلب الرابع : تقصير الإدارة وعدم قدرة المتعاقد عن التنفيذ في

الوقت المحدد............................................... ١٢٢

المطلب الخامس : إذا اتجهت نية المتعاقدين إلى تنفيذ الالتزامات

التعاقدية في وقت واحد، بعد دفع سابق.................... ١٢٦

المطلب السادس : التمسك بالدفع بعدم التنفيذ باتفاق الطرفين .... ١٢٧

موقف الشريعة الإسلامية تجاه سلطة القاضي إزاء الدفع بعدم

التنفيذ................................................... ١٢٨

الخاتمة: وفيها أهم النتائج........................................١٣٠

الفهارس.....................................................١٣٥

فهرس الآيات القرآنية..........................................١٣٦

فهرس الأحاديث النبوية.........................................١٣٩

فهرس الأعلام...............................................١٤٠

فهرس المراجع...............................................١٤١

فهرس الموضوعات............................................١٤٩

بحمد الله تم